دكتور / نصر فريد محمد واصل
أستاذ ورئيس قسم الفقه
بجامعة الأزهر

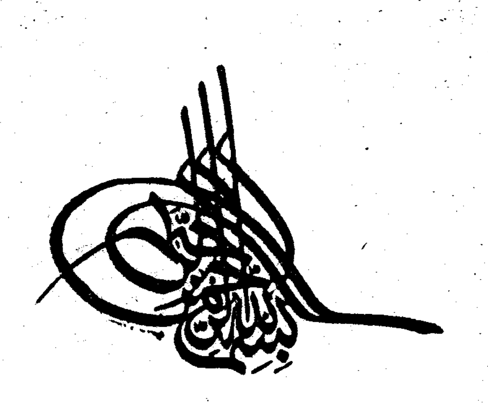
القضاء وطرق الإثبات في الفقه الإسلامي

على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه

الطبعة الأولى

١٤١٥هـ - ١٩٩٤م

دار البيان
٢٧ شارع ابن قتيبة - مدينة نصر
القاهرة ت / ٢٦١٢٣٨٩٨



" بسم الله الرحمن الرحيم "

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنتهدى لولا أن هدانا الله ... وبعد :

فهذه بحوث فى القضاء والدعوى والبينات فى الفقه الاسلامى على مذهب الامام الشافعى رضى الله عنه .

وقد حاولت قدر استطاعتى ألا تخرج هذه البحوث عن تراثنا الفقهى القديم فى هذا المجال ، وكل مافى الأمر أننى عملت على أن تظهر هذه البحوث على الصورة التى تتفق مع العصر الحاضر ومع فقه القانون الوضعى تيسيرا للدارسين والباحثين فى مجال الفقه الاسلامى وتشجيعا على العمل به والأخذ منه فى مجال التشريعات القانونية التى تحكم المجتمع خاصة ، ولأن الأتجاه فى كل الدول العربية والاسلامية الآن نحو رغبة قوية فى احلال التشريعات القانونية الاسلامية محل التشريعات التى مصدرها القوانين الوضعية .

وقد خطت بالفعل بعض الدول الاسلامية خطوات عملية فى هذا المجال ، ومن هذه الدول الجمهورية العربية اليمنية التى بذلت كل مافى وسعها وهيأت الجو للجان العلمية المختصة المكونة من عناصر ممتازة لها خبرتها القانونية الوضعية والاسلامية فعملت على تقنين كل القوانين من الشريعة الاسلامية ومن جميع

الفقـه الاسـلامى وبدون التفرقة بين مذهب ومذهب بما يوافـق العصر ومصالح الناس ، وقد صدر كثير من هذه القوانين ومنها القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦م بشأن قانون الاثبات الشرعى ، على أن يعمل به من تاريخ صدوره فى ١٣٩٦/٦/١١هـ الموافق ١٩٧٦/٦/٩م .

كما نصت على ذلك المادة ١٩٢ من هذا القانون ، وكما نصت المادة ١٩١ من نفس القانون على أنه يعمل بأحكام الشريعة الاسلامية فيما لم يرد بشأنه نص فى القانون المشار اليه سابقا .

ومن هنا كانت الشريعة الاسلامية والفقـه الاسلامى همـا المصدر بالنسبة للقضاة وغيرهم عند الحكم فى القضايا المختلفة ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة الثانية من هذا القانون حيث نصت : على أن يتقيد القاضى فى قضائه بالقواعد الشرعية ، ويجب عليـه تطبيق أحكامها .

لهذا عملت جهدى لاخراج هذه البحوث التى تتعلق بنظـام القضاء فى الفقـه الشافعى ليكون نواة فى تحقيق تراثنا الفقهـى الاسـلامى العظيم فى كل المذاهب الاسلامية والذى عملت بـه أمة بأكملها دهورا من الزمن ، وسـادت به العالم فى كل ميادين الحياة

نرجو أن يعيد الله هذا الزمن وأن يعود بوحدة التشـريع الاسـلامى ووحدة الأمة الاسـلامية فى كل مكان ليعود لها مجدهـا

وعزها كما كان سابقا ، وهذا أمل يجول فى خاطر كل مسلم غيور على اسلامه ولا أظن أحدا ينازعنى فى ذلك ٠

وقد اجتهدت فان أصبت ، فمن الله وبعونه ، وان كنت قد أخطأت فهذا جهد المقل ٠

ونأمل من الله التوفيق والعون والمزيد فى المستقبل ، انه نعم المولى ونعم النصير ٠٠

دكتور/نصر فريد محمد واصل
استاذ ورئيس قسم الفقه الاسلامى
بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر

غرة ربيع الثاني ١٤١١ هـ
اكتوبر ١٩٩٠م

القســـم الأول

القضـــــــاء

المبحث الأول

فى التعريف والحكم والأجرة عليه

١ – تعريف القضاء :

القضاء فى اللغة : احكام الشئ وامضاؤه والفراغ منه
ومنه قوله تعالى : " ثم اقضوا الىّ "(١) أى افرغوا من أمركم
وأمضوا مافى أنفسكم .

وقضى بمعنى : حكم ، ومنه قوله تعالى : " وقضى
ربك ألا تعبدوا الا اياه "(٢) .

وقضاء : أصله قضاى ، لأنه من قضيت لأن الياء لما جاءت
بعد الألف أبدلت همزة ، والجمع أقضية .

وقضية : جمعها قضايا على فعالى ، وأصله فعائل
فتكون قضايا أصلا جمعها قضائى ، تحركت الهمزة وانكسر ماقبلها
فقلبت ياء ثم قلبت احداهما ألفا وفتح ماقبلها للتخفيف ، فصارت
قضايا .

وقضى فى القرآن واللغة يأتى على وجوه تتقارب فى جملتها
ومرجعها كلها الى انقطاع الشئ وتمامه والفراغ منه .

قال تعالى : " فقضاهن سبع سموات "(٣) أى أراد
قطعهن وأحكم خلقهن وفرغ منهن" ، ومنه قوله تعالى أيضا :

---

(١) سورة يونس الآية ٧١ .
(٢) سورة الاسراء الآية ٢٣ .
(٣) سوره فصلت الآيه ١٢ .

" فلما قضى ولوا الى قومهم منذرين "[1] أى فلما فرغ من تلاوته ولوا الى قومهم منذرين ، وقوله : " ولولا كلمة من ربك سبقت الى أجل مسمى لقضى بينهم "[2] أى لفصل وحكم فى الحال[3] .

أما القضاء فى الاصطلاح الفقهى فهو : الزام من له الالزام فى الوقائع الخارجية بحكم الشرع[4] .

حكم القضاء : والقضاء الشرعى تعتريه الأحكام التالية :

١ ـ فرض كفاية .
٢ ـ فرض عين .
٣ ـ مستحب أو مباح .
٤ ـ مكروه .
٥ ـ حرام .

١ ـ فيكون فرضا على الكفاية اذا تعين مع غيره مجلا للفصل بين الناس وهذا هو الأصل بدليل :

أولا : قوله تعالى : " يا داود انا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق "[5]

(١) سورة الأحقاف الاية ٢٩ .
(٢) الشورى الاية ١٤ .
(٣) النظم المستعذب على المهذب : ص ٢٨٩ .
(٤) السراج الدجاج على المنهاج : ص ٥٨٧ .
(٥) سورة ص الآية ٢٦ .

ثانيا : قوله تعالى : " وأن احكم بينهم بما أنزل الله "[1]

ثالثا : حكم النبى صلى الله عليه وسلم بين الناس بناء على ماورد الأمر بشأنه فى القرآن ، وبعث عليا للقضاء بين الناس فى اليمن .

رابعا : حكم الخلفاء الراشدين بين الناس وأمروا به ، فبعث عمر : أبا موسى الأشعرى الى البصرة قاضيا ، وبعث عبد الله بن مسعود الى الكوفة قاضيا .

خامسا : الظلم فى الطباع البشرية غالبا ، ولابد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم ، وهذا لايتحقق الا بالقضاء .

٢ - فرض العين : ويكون القضاء فرض عين على الشخص اذا لم يوجد غيره للقضاء ، وتعين عليه وحده ، فاذا امتنع أجبر عليه ، ولأن الكفاية لا تحصل الا به .

٣ - ويكون مستحبا : اذا وجد غيره ، ولكن له علم خامل ينتشر بالقضاء .

٤ - ويكون مكروها : اذا كان له كفاية وليس بحاجة الى أجرة القضاء للعيش منه ، وكان علمه مشهورا بين الناس .

وكره ذلك لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين " ، ولأنه يلزمه بالقضاء

---

(١) سورة المائدة الآية ٥٠

حفظ الأمانات ، وربما عجز عنه وقصر فيه ·

٥ - ويكون حراما : اذا كان الشخص عالم بأحكامه ، وتيقن أو ظن أنه سيحكم بغير العدل (١) ·

هل يجوز أخذ الأجرة على عمل القضاء ؟

١ - ومن تعين عليه القضاء : وهو فى كفاية مالية من نفسه أى لا يحتاج لأجرة القضاء للمعيشة منها لم يجز أن يأخذ أجرة عليه كما فى الصلاة المفروضة وغيرها من المفروضات ومن هنا لا تجوز الأجرة فى القضاء الا عند الضرورة القصوى ، وليست فيمن عنده كفاية هذه الضرورة فحرم أخذ المال ·

فان لم يكن له كفاية فله أن يأخذ الأجرة عليه ، لأن القضاء لابد منه وكفايته فى الحياة لابد منها أيضا ، فلذا جاز أخذ المال على تولى القضاء ·

٢ - فان لم يتعين عليه القضاء : فان كانت له كفاية مالية كره أن يأخذ عليه أجرا ، لأنه قربة يتقرب بها الى الله ، وكل قربة الى الله يكره أخذ الأجرة عليها من غير حاجة ولكنه

---

(١) المهذب ٢٨٩/٢ ، والمنهاج على السراج الوهاج ص ٥٨٧

ان أخذ المال جاز وأصبح حلا له ، لأنه عمل عملا لم يطلب منه عينا ، وقد انتفع به غيره ، وكل عمل مباح يجوز للانسان أن يطلب في مقابله أجرا .

ولهذا قلنا : أن من لم يتعين عليه ولاية القضاء ولم يكن عنده كفاية جاز أخذ الأجرة عليها بدون كراهة بدليل أنه لما تولى أبو بكر الصديق رضى الله عنه الخلافة خرج بحزمة من الثياب الى السوق يتجر فيها فقيل له ماهذا يا أمير المؤمنين وقد أصبحت خليفة المسلمين وتوليت شئونهم ؟ فقال أبو بكر رضى الله عنه أنا كاسب أهلي ، فأجر من بيت مال المسلمين وعين له لكل يوم درهمين من المال .

وعن عمر رضى الله عنه أنه قال بعد توليه خلافة المسلمين : " أنزلت نفسى من هذا المال — أى مال الدولة — بمنزلة ولى اليتيم ، ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف (1) .

ولما بعث عمر رضى الله عنه فى خلافته الى الكوفة بالعراق : عمار ابن ياسر واليا ، وعبد الله بن مسعود قاضيا ، وعثمان بن حنيف ماسحا وفرلهم كل يوم شاه نصفها وأطرافها لعمار والنصف الآخر بين عبد الله بن مسعود وعثمان بن حنيف .

---

(١) المهذب : ٢/٢٩٠ .

ولأنه لما جاز للعامل على الصدقات أن يأخذ مالا على العمالة ، جاز للقاضي أن يأخذ المال على القضاء ويكون ذلك من سهم المصالح ، لأنه من المصالح العامة للمسلمين .

* * *

" المبحث الثانى "

الشروط الواجب توافرها أصلا فى ولاية القضاء

لا يجوز أن يقلد القضاء الا ممن تكاملت فيه شروطه يصح معها تقليده وينفذ بها حكمه وهى :

١ ـ الاسلام .

٢ ـ الذكورة .

٣ ـ الحرية .

٤ ـ البلوغ .

٥ ـ العقل .

٦ ـ العدالة .

٧ ـ السمع .

٨ ـ البصر .

٩ ـ العلم بالأحكام الشرعية (الاجتهاد) (١) .

١٠ ـ النطق .

أولا : الدليل على اشتراط الاسلام فى ولاية القضاء :

وانما اشترط الاسلام فى ولاية القضاء لأنه شرط فى الشهادة

(١) المهذب ٢/٢٩٠ ، والأحكام السلطانية للماوردى ص ٦٥ ، ـ السراج الوهاج ص ٥٨٨ ، والمنهج لزكريا الأنصارى ص ٢٤٨

وولاية القضاء نوع من الشهادة ، بل هو أولى لقوله تعالى :
" ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " (١) .

وبناء على ذلك لا يجوز أن يقلد الكافر القضاء على المسلمين ولا على الكفار (٢) ، وهذا وان كان عرف الولاة بتقليد الكافر بين قومه جاريا الا أنه تقليد زعامة ورئاسة وليس بتقليد حكم وقضاء وانما يلزمهم حكمه لالتزامهم له من جهة الرئاسة والحكم لا لزومه لهم من حيث القضاء بالحكم ، ولذا لا يقبل امام المسلمين قوله فيما حكم به بينهم ، واذا امتنع الخصوم من تحاكمهم اليه لم يجبروا عليه وكان حكم الاسلام عليهم أنفذ (٣) .

ثانيا : لماذا اشترطت الذكورة فى ولاية القضاء ؟

وانما اشترطت الذكورة لنقص النساء عن رتب الولايات ، وان تعلق بقولهن أحكام لقوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض " (٤) . ولقوله صلى الله عليه وسلم " ما أفلح قوم أسندوا أمرهم الى أمرأة " ولأنه لا بد للقاضى من

---

(١) سورة النساء آية ١٤١ .
(٢) أما أبو حنيفة فيجوز عنده تولى الكافر القضاء بين أهل دينه .
(٣) الأحكام السلطانية ص ٦٦ الطبعة الثالثة .
(٤) سورة النساء آية ٣٤ .

مجالسة الرجال لما يخاف عليهم من الافتتان بها "(١) .

وقال أبو حنيفة يجوز أن تقضى المرأة فيما تصح فيه شهادتها ولا يجوز فيما لا تصح فيه شهادتها .

وقال ابن جرير الطبرى يجوز قضاء المرأة فى جميع الأحكام التى تجوز للرجل ، وهو قول شاذ ، ولذا قال الماوردى : " وشذ ابن جرير الطبرى فجوز قضاء المرأة فى جميع الأحكام ولا اعتبار بقول يرده الاجماع مع قول الله تعالى : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض " يعنى فى العقل والرأى فلم يجز أن يقمن على الرجال (٢) .

ثالثا : الحرية :

وانما اشترطت الحرية فى ولاية القضاء ، لأن نقص العبد من ولاية نفسه يمنع من انعقاد ولايته على غيره ولأن الرق لما منع من قبول الشهادة كان أولى أن يمنع من نفوذ الحكم وانعقاد الولاية .

رابعا : البلوغ :

وأما اشتراط البلوغ فلأن غير البالغ لا تصح شهادته ، فالقضاء

---

(١) المهذب : ٢٩٠/٢ .
(٢) الأحكام السلطانية ص ٦٥ .

أولى ، ولأنه لا يجرى عليه تكليف ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم فكان أولى ألا يتعلق به على غيره حكم [١] .

خامسا : العقل :

وانما شرط العقل لأن العقل مناط التكليف ولاشتراطه فى جميع العقود بالاجماع ، ولا يكتفى بالعقل الذى يتعلق به التكليف من حيث علمه بالمدركات الضرورية ، بل لابد لتوفر هذا الشرط هنا وهو العقل أن يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدا من السهو والغفلة بحيث يتوصل بذكائه وفطنته الى ايضاح ما أشكل أمره فى القضاء وفصل ما أعضل حله بين الخصوم [٢] .

سادسا : العدالة :

وانما اشترطت العدالة فى تولى منصب القضاء لاشتراطها فى الشهادة ، ولأنها معتبرة فى كل ولاية على المسلمين .

والمقصود بالعدالة هى : أن يكون الشخص صادق اللهجه ظاهر الأمانة ، عفيفا عن المحارم التى حرمها الله ، متوقيا مايوقعه فى الاثم ،بعيدا من الريب وسوء السمعة ، مأمونا فى الرضا

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٦٥ .

(٢) المرجع السابق ، والسراج الوهاج ص ٥٨٨ .

والغضب ، مستعملا لمروءة مثله في دينه ودنياه .

فإذا تكاملت في الشخص هذه الأمور فهي العدالة التي تجوز بها شهادته ، وتصح معها ولايته القضاء ، وإن انخرم منها وصف منع من الشهادة والولاية فلم يسمع له قول ولم ينفذ له حكم[1].

سابعا : السلامة في السمع والبصر والنطق :

وإنما شرطت السلامة في السمع والبصر لأن بهما يصح اثبات الحقوق وبهما يفرق بين الطالب والمطلوب ، أي بين طالب الحق والمطلوب منه ، كما أن بهما يميز المقر من المنكر ليتميز له الحق من الباطل ويعرف المحق من المبطل .

فإن كان الشخص ضريرا لا يبصر فولايته باطلة بلا خلاف عند الشافعية[2] ، وإن كان أصم فعلى الاختلاف المذكور في الامامة جوزه البعض ومنعه الآخرون ورجح النووي في المنهاج عدم الجواز .

ولا يضر ضعف السمع والبصر في ولاية القضاء لامكان التغلب عليها واستكمالها بوسائل أخرى ممكنة .

وأما شرط النطق فقد اشترطه النووي وأغفله الماوردي وصاحب المهذب ، أما النووي فقد منع ولاية الأخرس ، وأما صاحب المهذب

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٦٦ .
(٢) وقال مالك تجوز كما تجوز شهادته عنده .

فقد فرق بين الأخرس الذى تفهم اشارته والأخرس الذى لا تفهم اشارته فمنع الثانى وأما فيما تفهم اشارته فقد ذكر فيه وجهين أحدهما الجواز ، والآخر المنع كالوجهين فى شهادته[1] .

ثامنا : الاجتهاد :

ويشترط فى القاضى أن يكون مجتهدا وهذا يتطلب بأن يكون عالما بالأحكام الشرعية أصولها والقدرة على البحث والنظر والاجتهاد فى فهم فروعها .

وأصول الأحكام فى الشرع أربعة :

الأول : علمه بكتاب الله عز وجل على الوجه الذى تصح به معرفة ماتضمنمن الأحكام ناسخا ومنسوخا ومحكما ومتشابها عموما وخصوصا مجملا ومفسرا .

الثانى : العلم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابتة من أقواله وأفعاله وطرق مجيئها فى التواتر والآحاد والصحة والفساد وما كان عن سبب أو اطلاق .

الثالث : العلم بتأويل السلف فيما اجتمعوا عليه واختلفوا فيه ليتبع الاجماع ويجتهد برأيه فيما ود فيه الاختلاف .

---

(١) السراج الوهاج ص ٥٨٨ ، والمهذب ص ٢٩٠ ، والأحكام السلطانية ص ٦٦ .

الرابع : العلم بالقياس الموجب لرد الفروع المسكوت عنهـا الى الأصول المنطق بها والمجمع عليها حتى يجد طريقا الى العلـم بأحكام النوازل وتمييز الحق من الباطـل .

فاذا أحاط علم الشخص بهذه الأصول الأربعة فى أحـكام الشريعة الاسلامية صار بها من أهل الاجتهاد فى الدين وجاز لـه أن يفتى ويقضى ،وجاز له أن يستفتى ويستقضى ، وان أخل بهـا أو بشئ منها خرج من أن يكون من أهل الاجتهاد ، فلم يجـز أن يفتى ولا أن يقضى ، فان قلد القضاء فحكم بالصواب أو الخطأ كان تقليده باطلا وحكمه مردودا وان وافق الحق والصواب ، وتوجه الحرج فيما قضـى به عليه وعلى من قلده الحكم والقضاء ، وهذا هو قـول جمهور الفقهاء [1] ، لأن ولايته باطلة وأحكامه مردودة ، ولأن التقليد فى فروع الشئ ضرورة فلم يتحقق الا فى ملتزم الحق دون ملزمه ،وقـد اختبر رسـول الله صلى الله عليه وسـلم معاذا حين بعثه الى اليمن واليا وقال : " .... بم تحكم ؟ قال بكتاب اللـه قال : فان لم تجد ؟ قال بسنة رسول الله ، قال : فان لم تجد قال أجتهد برأيى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الحمد لله الذى وفق رسـول رسـول الله لما يرضى رسـوله " [2] .

---

(١) وجوز أبو حنيفة تقليد القضاء لغير المجتهد لأن له أن يستفتى فى أحكامه وقضاياه غيره من المجتهدين .

(٢) الأحكام السـلطانية ص ٦٦ .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : " القضاة ثلاثة : قاضيان فى النار ، وقاض فى الجنه فأما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو فى الجنة ، وأما اللذان فى النار فرجل عرف الحق فجار فى حكمه فهو فى النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار " .

ولأنه اذا لم يجز للجاهل بأحكام الشريعة أن يفتى الناس وهو لا يلزمهم الحكم فلأن لا يجوز أن لا يقض بينهم وهو يلزمهم الحكم من باب أولى [1] .

فان تعذر جمع هذه الشروط أو أحدها فولى سلطان ذا شوكة فاسقا أو مقلدا نفذ قضاؤه للضرورة حتى لا تتعطل مصالح الناس .

* * *

(١) المهذب ٢/٢٩٠ .

" المبحث الثالث "

ولاية القاضي وحدودها

طريقة التولية :

القضاء لا يكون ملزما للخصوم وحكمه واجب التنفيذ والأداء الا بتولية الامام (الحاكم) العام للدولة أو من فوض اليه الامام ذلك لأنه من المصالح العظام العامة التى يحتاج اليها الناس فى حياتهم ولأنه يترتب عليه انتقال الحق من ذمة الى ذمة وتنفيذ الواجبات .

وتثبت هذه التولية بشاهدين يخرجان مع القاضي الى محل ولايته يخبران الناس بولايته القضاء بينهم من صاحب الحق فى التولية وأن حكمه واجب التنفيذ قضاء وملزم للخصوم ، كما تثبت التولية باستفاضة فى الأصح ولو مجرد كتاب على المذهب[1] بين الناس أى بمعرفة أمرها وشهرتها بين الكافة بحيث تصل الى أهل تلك البلدة أو المحلة التى خصصت لولاية القاضي فى القضاء[2] .

ويقوم مقام ذلك فى الوقت الحاضر مايصدره صاحب الحق فى ولاية القضاء من أمور اجرائية وتنفيذية فى هذا المجال ، ولكل دولة

---

(١) المنهاج للنووى والسراج الوهاج ص ٥٩١ .
(٢) المنهج ص ٢٤٩ .

نظامها الخاص حسب قانون السلطة القضائية فيها .

ولا يجوز أن يقيد تقلد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله تعالى : " فاحكم بين الناس بالحق"(١) والحق ما دل عليه الدليل الشرعى وذلك لا يتعين فى مذهب بعينه لأن ما يعتبر دليلا فى مذهب قد لا يعتبر فى مذهب آخر ، وقد اشترطنا فى القاضى أن يكون مجتهدا عارفا بأصول الشريعة والقدرة على البحث فى فروعها ليمكن له الترجيح بين الأدلة واختيار الموافق لحكم الشرع .

فان قلد القاضى على أن يحكم بمذهب معين بطلت هذه التولية واعتبر حكمه غير ملزم لأن التولية علقت على شرط مبطل ولما كان الشرط باطلا كانت التولية باطلة لأن ما بنى على باطل فهو باطل(٢) .

هل يجوز تعدد القضاة فى بلد أو مكان واحد ؟

قال الفقهاء : ويجوز أن يجعل قضاء بلد الى قاضيين وأكثر على أن يحكم كل واحد منهم فى موضع ، كما يجوز أن يجعل الى أحدهما القضاء فى حق والى الآخر فى حق آخر ، والى أحدهما فى زمان والى الآخر فى زمان آخر ، لأن القضاء نيابة عن ولاية الامام فيه فكان على حسب استنابة صاحبها ، لأن ذلك فى اختصاصه وهو حقه أساسا .

---

(١) سورة ص الآية ٢٦ .
(٢) المهذب : ٢٩١/٢ .

ولكن هل يجوز أن يجعل هذا التعدد فى مكان واحد وحق واحد وزمان واحد ؟

اختلف الفقهاء الشافعية فى ذلك على وجهين :

أحدهما : يجوز ذلك لأنه نيابة فجاز أن يجعل الى اثنين كالوكالة .

والثانى : لا يجوز لأن القاضيين قد يختلفان فى الحكم فتقف الحكومة ولا تنقطع الخصومة .

اثبات التولية والاختصاص :

وبعد انعقاد التولية فى ولاية القضاء وصدور الأمر التنفيذى بها يثبت ذلك أى العهد [1] بولاية القضاء ويكتب فى كتاب يوضح فيه المكان والزمان والاختصاصات التى يباشرها القاضى عند الحكم .

والدليل على ذلك هو فعل النبى صلى الله عليه وسلم وصحابته من بعده ، فقد كتب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن

---

(١) أصل العهد الوصية ، تقول أنا عهدت اليه ، أى وصيته ، ومنه اشتق العهد الذى يكتب الى الولاة ، قال تعالى : " ولقد عهدنا الى آدم من قبل فنسى " أى أوصيناه أن لا يأكل من الشجرة فنسى ، ويطلق العهد أيضا على اليمين والمكان كقوله : على عهد أى يمين ، وعهدته بمكان كذا ، أى وليته عليه وخصصته اليه .
أنظر : النظم المستعذب ٢/٢٩١ .

حزم حين بعثه الى اليمن كتابا بما ولاه ، وكتب أبو بكر الصديق رضى الله عنه لأنس حين بعثه الى البحرين كتابا وختمه بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وروى حارثة بن مضرب أن عمر رضى الله عنه كتب الى أهل الكوفة : " أما بعد : فانى بعثت اليكم عمارا أميرا وعبدالله قاضيا ووزيرا (١) ، فاسمعوا لهما وأطيعوا فقد آثرتكم بهما " .

فان كان البلد الذى هو مكان ولاية القضاء بعيدا أشهد على هذه التولية فى الخطاب ، وان كان قريبا بحيث يتصل به الخبر فى التولية فقد ذكر صاحب المهذب فى ذلك قولين على وجهين :

أحدهما : يجب الاشهاد لأنه عقد وكل عقد يحتاج الى شهود فلا يثبت بالاستفاضة بناء على ذلك .

---

(١) الوزير مشتق من الوزر : وهو الجبل والملجأ ، كأنه يستند اليه فى الأمور ، قال تعالى : " كلا لا وزر " أى لا ملجأ . وقيل بل هو مشتق من الوزر وهو الثقل كأنه يحمل أثقال أموره وأعباءه ، لأن الوزر هو الحمل المثقل للظهر ، ومنه قوله تعالى : " ووضعنا عنك وزرك " . النظم المستعذب : ٢٩١/٢ .

الثانـي : وهو قول أبو سـعيد الأصـطخرى : لا يجـب الاشهاد لأنه يثبت بالاستفاضة وهى لا تحتاج الى شـهادة .

الاسـتخلاف فى القضـاء :

ويجوز للقاضى أن يستخلف قاضيا غيره ينوب عنه فى القضـاء بين الناس فى محل ولايته ان كان مأذونا له فى ذلك ، فاذا أذن له من ولاه أن يستخلف فله أن يستخلف ، وان نهاه عن ذلك لم يجز لـه أن يستخلف غيره ، لأن القاضى نائب عن المستخلف الأصلى فتتبع أمره ونهيـه .

وان سكت عن ذلك بحيث لم يكن هناك وقت عقد التولية اذن ولا نهى فى أمر الاسـتخلاف فقد فصل الفقهاء ذلك فقالوا : ان كان ماتقلده القاضى من أمور القضاء يقدر عليها وحده بنفسه ففيـه وجهـان :

أحدهما : وهو قول أبى سـعيد الاسطخرى يجوز الاستخلاف للقاضى لأنه ينظر فى المصالح فجاز أن ينظر بنفسـه وبغيره .

والثانى : وهو المذهب : أنه لا يجوز لأن الذى ولاه لم يرض ينظـر غـيره .

وأما ان كان ماتولاه القاضي من أمور القضاء لا يقدر أن يقض فيه بنفسه لكثرتها فانه يجوز له أن يستخلف فيما لا يقدر عليه منهما لأن تقليده لما يقدر عليه بنفسه اذن له في الاستخلاف فيما لا يقدر عليه ، كما أن توكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه اذن له في استنابة غيره ، وهذا بلا خلاف .

ولكن هل يجوز له هنا أن يستخلف فيما يقدر عليه ؟ وجهان :

أحدهما : نعم له ذلك لأنه لما جاز له أن يستخلف في البعض جاز له أن يستخلف في الجميع كالامام .

والثاني : لا يجوز ، لأنه انما أجيز له أن يستخلف فيما لا يقدر عليه للعجز ، فوجب أن يكون مقصورا على ماعجز عنه [1] .

هل يجوز استخلاف الأصل والفرع في أعمال القضاء ؟

ويجوز أن يستخلف القاضي في الحكم والده أو ولده فيما يجوز له فيه الاستخلاف لأنهما يجريان مجرى نفسه ، ولكل منهما الحكم في أعماله الخاصة ، ولذا جاز استخلافهما في أعمال الحكم .

وأما اذا فوض الامام الى رجل أن يختار قاضيا لم يجز له أن

---

(١) المنهاج للنووي وانظر السراج ص ٥٨٩ .

يختار والده أو ولده ، لأنه لا يجوز أن يختار نفسه ، لأن في هذا اتهام وتزكية لنفسه ، أى اشهاد لها وهو لا يجوز لقوله تعالى : " ولا تزكوا أنفسكم[1] ولهذا السبب لا يجوز له أن يختار والده ولا ولده لأنهما كنفسه فى شبهة الاتهام والتحيز[2].

التحكيم وولاية القضاء والفرق بينهما :

القضاء تحكيم ملزم بين الناس وولايته عامة ولا خلاف بين الفقهاء فى ثبوت الزامه حسب شروطه السابقه بالنسبة لجميع الخصوم

وأما التحكيم فولاية خاصة فيها معنى ولاية القضاء من وجه وتختلف عنه من وجه آخر .

والتحكيم معناه : أن يتحاكم رجلان الى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم بينهما فى أمر فيه نزاع .

وحكم التحكيم الجواز أصلا ، لأن عمر رضى الله عنه وأبى بن كعب تحاكما الى زيد بن ثابت ، كما تحاكما عثمان وطلحة الى جبير ابن مطعم فى نزاع بينهما .

ولما كان التحكيم فيه معنى القضاء وعمل به الصحابة فقد اختلف الفقهاء فى الزاميته بالنسبة للخصوم ، فقال البعض أنه ملزم وقال آخرون بأنه غير ملزم .

---

(١) سورة النجم الآيه ٣٢ .

(٢) المهذب : ٢/٢٩٢ .

ومن قال أنه ملزم اختلفوا فى مدار هذا الالزام بناء على قولين حكيا عن الامام الشافعى فى ذلك :

الأول : وهو قول المزنى صاحب الامام الشافعى وعبر عنه النووى بالأظهر لا يلزم الحكم بالتحكيم الابتراضى الخصمين بعد الحكم بالتحكيم ، لانا لو ألزمناهما حكم المحكم كان ذلك عزلا للقضاة وافتياتا على الامام ولأنه لما اعتبر تراضيهما فى الحكم اعتبر رضاهما فى لزوم الحكم .

القول الثانى : يلزم التحكيم بنفس الحكم ، لأن من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضى الذى ولاه الامام .

وان رجع أحد الخصمين قبل حكم المحكم امتنع الحكم بلا خلاف بين الفقهاء [1] .

والتحكيم يجوز فى كل الخصومات التى تنشأ بين الناس كما يجوز ذلك فى القضاء .

وقال البعض لا يجوز التحكيم الا فى الأموال ، فأما النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فانه لا يجوز فيها التحكيم لانها حقوق بنيت على الاحتياط [2] .

وفى جميع الأحوال فانه يشترط فيمن يتولى التحكيم أن يكون أهلا لولاية القضاء وأن لا يكون فى حد من حدود الله تعالى [3] .

---

(١) المنهاج للنووى وانظر السراج ص ٥٨٩ .
(٢) المهذب ٢٩١/٢ .
(٣) السراج ص٥٨٩ .

" المبحث الرابع "

آداب القضــــاء

الآداب جمع أدب ، والأدب هو : السلوك الحســن والالتزام بما درب عليه الانسان وعـود من أخلاق فاضله وتعاليم ، حســنة .

فيقال : أدب الرجل ولده بمعنى علمه وهذبه ونشأه نشأة حسنة ، ويقال : رجل مؤدب أى جميل الصفات حسن المعاملــة بين الناس فهو محمود الســيرة حســن الســلوك .

ومن هذا القبيل قول النبى صلى الله عليه وسلم : " أدبنى ربى فأحسن تأديبى " ، وقول الله سـبحانه فى مدح نبيه الذى التزم بهذا الأدب : " وانك لعلى خلق عظيم " (١) .

والمراد بالأدب فى باب القضاء هو : التعاليم الــتى ينبغى مراعاتها ويحسن الالتزام بها فى هذا المجال ، ومن هــذه التعاليم مايجب الالتزام بها بحيث يعتبر الخروج منها أو اهمالهـا مؤثرا فى ولاية القاضى وفيما يصدره من أحكام ، ومنها مالا يؤثر فــى هذه الولاية ولا فيما يصدره من أحكام وانما يندب اليها وتحســن مراعاتها لاستكمال هيبة القضاء وتيسيره بين الناس .

---

(١) سورة القلم الآية رقم ٤ .

الآداب التى يجب على القاضى أن يلتزم بهـا :

أولا : الحكم فى اختصاصه فقط حسب ماولى فيه من قضاء سـواء كان ذلك فى الموضوع أو فى محل الولاية ، فان خالف ذلـك لا يعتد بما يصدره من أحكام ، ولا يحوز قوة التنفيذ والقضاء ولهذا فلا يجوز أن يقضى القاضى ولا يستخلف غيره فيمالا يجوز له فيه الاستخلاف ولا يسمع البينـه ولا يكاتب قاضيا آخـر فى حكم فى غير عمله ، فان فعل شـيئا من ذلك لم يعتد بـه لأنه لا ولاية له فى غير عمله فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الرعية (١)

ثانيا : ألا يحكم لنفسه وكذا أصله وفرعه فى خصومة ما أو باثبـات حق لأنه متهم فى ذلك ، ولأنه لا يجوز أن يشهد لنفسـه والشهادة تزكية ، وقال تعالى : " ولا تزكوا أنفسـكم " والقضاء نوع من الشهادة فيها الزام لأحد الخصوم ولذا فلايجوز حكم القاضى لنفسه لهذا السبب ، كما لا يجوز أن يحكم لوالـده وان علا ، ولا لولده وان سفل لانهما فى حكم نفسـه .

وقال أبو ثور يجوز للقاضى أن يحكم لأصله وفرعه وهو قول ضعيف لا يعتد به والجمهور من الشافعية على خلافه ، وان تحاكم الـى القاضى والده مع ولده فى خصومة بينهما فحكم لأحدهما فقد قـال

---

(١) المهـذب : ٢/٢٩٢ .

بعض الشافعية أن ذلك يحتمل وجهين :

أحدهما : لا يجوز كما لا يجوز اذا حكم له مع أجنبي .

والثاني : أنه يجوز لأنهما استويا في التعصيب فارتفعت عنه تهمة الميل لأحدهما (١) .

والثالث من الآداب : أن لا يرتشي على عقل القضاء أو الحكم ، فان فعل فقد خان أمانة القضاء ورد حكمه ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم " ولأنه أخذ مال على حرام وكل ما أدى الى الحرام فهو حرام لا يجوز لأنه منهي عنه .

والهدية التي تهدى الى القاضي من أحد الخصوم وليست من عادته من قبل توليه منصب القضاء لا يجوز قبولها ، فان قبلها فهي رشوة وفي حكمها ، لما رواه أبو حميد الساعدي قال : استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من بني أسد يقال له ابن اللتبية (٢) على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم وهذا أهدى الي ، فقام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال : مابال العامل نبعثه على بعض أعمالنا فيقول هذا لكم وهذا أهدى الي ألا جلس في بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدى اليه أم لا والذى نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئا الا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته " (٣) .

---

(١) المهذب ٢ / ٢٩٢ والتنبيه ص ١٤٥ .

(٢) نسبة الى بني لتب وهم حي من قبيلة أزد .

(٣) أنظر مقصد التنبيه ص ١٤٥ ، والمهذب ٢ / ٢٩٢ .

وأما من كانت له عادة بأن يهدى اليه قبل ولاية القضاء برحم أو مودة أو صداقة ، فان كانت الهدية وقت الحكم فى خصومة للمهدى مع غيره من الناس لم يجز قبولها لأنها رشوة لأن اعطاؤها فى حال اتهام ، وان لم يكن للمهدى خصومة أمام القاضى فان كانت الهدية أكثر مما كان يهدى اليه قبل توليه ولاية القضاء أو أرفع منها قيمة لم يجز قبولها لأن الزيادة حدثت بالولاية ، فان قبلت فهى رشوة وان لم تكن أكثر ولا أرفع مما كان يهدى اليه جاز قبولها لخروجها عن تسبب الولاية ومع ذلك فان الأولى والأفضل فى هذه الحالة التى يجوز فيها قبول الهدية عدم قبولها لاحتمال أن تكون من أجل قضية للمهدى منتظرة أو مستقبلا (١) .

رابعا : أن لا يتخذ شهودا معينين لا تقبل شهادة غيرهم فى القضايا التى يحكم فيها ، لأن فى ذلك تضيقا لعلى الناس واضرارا بهم فى حفظ حقوقهم وماشرع القضاء الا لرفع الحرج ومنع هذا الضرر ولا ضرر ولا ضرار فى الاسلام .

ثم ان شروط الشهادة لا تختص بمن بينهم القاضى لأنها تختلف من قضية الى أخرى فلم يجز تخصيص الشهود بالمقبول (٢) .

---

(١) المهذب ٢ / ٢٩٢ ، ومقصد النبيه مع التنبيه ص ١٤٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٩٤ .

خامسا : أن لا يقبل التعديل فى الشهادة عند الحاجة اليها الا ممن تقدمت معرفته وطالت خبرته بالشاهد ، لأن المقصود معرفة العدالة فى الباطن ولا يعلم ذلك من لم يتقدم به معرفته وهذا بخلاف الطعن فى الشاهد وتجريحه فى الشهادة حيث أن ذلك يجوز ممن تقدمت معرفته بالشاهد ومن لم يتقدم معرفته به ، لأنه لا يشهد فى الجرح الا بما شاهد أو سمع أو استفاض عنه وبذلك يعلم فسق الشاهد .

سادسا : ترتيب الخصوم فى نظر قضاياهم حسب ترتيبهم فى المجىء الى مكان القضاء الأول فالأول ، لأن الأول سبق الى حق له فقدم على من بعده كما لو سبق الى موضع مباح .
فان حضروا فى وقت واحد أو سبق بعضهم وأشكل السابق أقرع بينهم ، فمن خرجت له القرعة قدم لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة كالحكم فيمن أراد السفر ببعض نسائه ، فان ثبت السبق لأحدهم فقدم السابق غيره على نفسه جاز ذلك ، لأن الحق له فجاز أن يؤثر به غيره كما لو سبق الى منزل مباح ثم آثر به غيره على نفسه .

ولا يقدم السابق فى أكثر من قضية لأنا لو قدمناه فى أكثر من قضية استوعب المجلس القضائى كله بدعاويه وأضر بأصحاب القضايا الباقين .

وان حضر الى مجلس القضاء مسافرون ومقيمون فى وقت واحـد فان كان المسافرون قلة وهم على الخروج للسفر قدموا فى نظر قضاياهم لأن المقام يلحق بهم ضررا ، ولا ضرر على المقيمين .

الا أن البعض من الشافعية منع ذلك وبناء على وجه آخـر وقال بمساواتهم مع المقيمين فلا يقدمون عليهم الا باذنهم لأنهم تساووا فى الحضور وظاهر النص للامام الشافعى رضى الله عنه مع الأول كما ذكر أبو اسحاق الشيرازى (١) .

أما ان كان المسافرون مثل المقيمين أو أكثر فانه لا يجـوز تقديمهم من غير رضى المقيمين بلا خلاف لأن فى تقديمهم اضـرارا بالمقيمين والضرر لا يزال بالضـرر .

وان تقدم الى القاضى اثنان فادعى أحدهما على الآخر حقـا فقال المدعى عليه أنا جئت به وأنا المدعى قدم السابق بالدعوى لأن مايدعيه كل واحد منهما محتمل وللسابق بالدعوى حق السبق فقـدم استعمالا لحقـه (٢) .

سـابعا : التسوية بين الخصمين فى الدخول والاقبـال عليهما والاستماع منهما لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " من ابتلى بالقضاء بين المسلمين

---

(١) ، (٢) انظر : المهذب ٢/٢٩٩ .

فليعدل بينهم فى لحظة ولفظه وأشارته ومقعده " والأمر للوجوب ولا صارف له عن أصله .

وقد كتب عمر رضى الله عنه الى أبى موسى الأشعرى عندما ولاه القضاء : " آس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك " ولأنه اذا قدم أحدهما على الآخر فى شئ من ذلك أنكر الآخر وقد لا يتمكن من استيفاء حجته (١) .

ثامنا : التسوية بين الخصمين فى المجلس ، فلا يضيف القاضى أحدهما دون الآخر ، لما روى أن رجلا نزل بعلى بن أبى طالب رضى الله عنه ليقضى له فقال على رضى الله عنه : ألك خصم قال : نعم ، قال : تحول عنا فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " لا يضيف أحد الخصمين الا ومعه خصمه " ولأن فى اضافة أحدهما دون الآخر اظهار الميل وترك العدل (٢) .

ويلزم على القول بالتسوية فى مجلس القضاء الا يأمر القاضى أحد الخصوم باقرار أو انكار ، لأن فى الأمر بالاقرار اضرارا بالمقر وفى الانكار اضرارا بالخصم .

---

(١) المهذب ٢/٢٩٩ .

(٢) المرجع السابق والمنهاج والسراج الوهاج ص ٥٩٤ .

واذا أدى أحد الخصمين دعوى غير صحيحه فهل للقاضى أن يلقنه كيف يدعى ، أى يصحح له الادعاء ـ فيه وجهان :

أحدهما : وهو قول أبى سعيد الاصطخرى يجوز لأنه لا ضرر على الخصم الآخر فى تصحيح دعواه .

والثانى : لا يجوز لأنه بذلك ينكسر قلب الخصم الآخر وقد لا يتمكن من استيفاء حجته [1] .

تاسعا : عدم انتهار أحد الخصوم بفعل أو قول أو اشارة لأن ذلك يكسر شوكته ويمنعه من استيفاء حجته ، واذا ظهر من أحدهما شدة فى الخصومة أو التواء فيها أو سوء أدب نهاه القاضى عن ذلك ، فان عاد زجره ثم ان عاد عزره .

عاشرا : أن لا يزجر شاهدا أو يعنته لأن ذلك يمنعه من الشهادة على وجهها ويدعو الشاهد الى ترك القيام بتحمل الشهادة وأدائها ، وفى ذلك تضييع للحقوق [2] .

أما الآداب التى ينبغى اتباعها ويحسن مراعاتها بعد ولاية القضاء فهى :

---

١ ـ أن يجلس القاضى للحكم فى موضع بارز يصل اليه كل الناس

---

(١) ، (٢) المهذب ٢/٢٩٩ .

بحيث لا يحتجب عن أحد بغير عذر لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من ولي من أمر الناس شيئا فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله دون فاقته وفقره " .

والمستحب أن يكون المجلس فسيحا حتى لا يتأذى بضيقة الخصوم ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز ، وأن يكون موضعا لا يتأذى فيه بحر أو برد أو دخان أو رائحة منتنة ، لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى أبي موسى الأشعري رضى الله عنه : " واياك والقلق والضجر " وهذه الأشياء تفضي الى الضجر وتمنع الحاكم من التوفر على الاجتهاد كما تمنع الخصوم من استيفاء الحجة [1] .

٢ - أن لا يجلس القاضي للقضاء في المسجد ، لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم وحدودكم وسل سيوفكم وشراءكم وبيعكم " ، ولأن الخصومة يحضرها اللغط والسفه فينزه المسجد عن ذلك ، ولاحتمال وجود الجنب أو الحائض ، في الخصومة وقد يتعذر عليهما الحضور لأنهما ممنوعان من المكث في المسجد مع هذا

---

(١) المهذب ٢/٢٩٣ .

الحدث ، وهذا قد يؤثر فى سير الخصومة .

والجلوس للقضاء فى المسجد مكروه وليس بحرام كما ذكر صاحب المهذب ، لأن المنع بسبب خارج عن القضاء كالبيع وقت الآذان للجمعة ، ولهذا قال الفقهاء : " اذا جلس القاضى فى المسجد لغير غرض القضاء فحضر خصمان وطلبا من القاضى أن يحكم بينهما جاز بدون كراهة لما روى الحسن البصرى قال : " دخلت المسجد فرأيت عثمان رضى الله عنه قد ألقى رداءه ونام فأتاه سقاء بقربة ومعه خصم فجلس عثمان وقضى بينهما " .

٣ ـ أن يدعو بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم :
واذا خرج القاضى الى مجلس القضاء والحكم فالمستحب له أن يدعو بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت : " كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج من بيته يقول : اللهم انى أعوذ بك من أن أزل أو أزل أو أضل أو أضل أو أظلم أو أظلم أو أجهل أو يجهل على " (١)

٤ ـ أن يجلس القاضى مستقبل القبلة وهذا مستحب لقوله صلى الله عليه وسلم : " خير المجالس ما استقبل به القبله " وأن يجلس القاضى وعليه السكينة والوقار من غير تجبر ولا استكبار لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا وهو متكئ على

---

(١) المهذب ٢ / ٢٩٨ .

يسارة فقال هذه جلسة المغضوب عليهم " .

٥ ـ أن يبدأ القاضى فى نظره للقضايا حسب الترتيب الآتى وهو مستحب :ـ

أولا : النظر فى أمر المحبوسين احتياطيا : لان الحبس عقوبة وعذاب وربما كان منهم من تجب تخليته فاستحب البداءة بهم لهذا السبب .

ثانيا : أمور وقضايا الأوصياء والأمناء ، لأنهم يتصرفون فى حق من لا يملك المطالبة بماله وهم الأطفال .

ثالثا : اللقطة والضوال وأمور الأوقاف العامة وغيرها من المصالح ويقدم منها الأهم فالأهم لأنه ليس لها مستحق متعين فتعين على الحاكم النظر فيها .

رابعا : مابقى غير ماسبق من قضايا الناس وخصوماتهم [1] .

٦ ـ استحضار الفقهاء أو الاذن بحضورهم مجلس القضاء لمشاورتهم فيما يشكل من القضايا وهذا عمل مستحب لقوله تعالى : " وشاورهم فى الأمر" [2] قال الحسن ان كان رسول الله عن مشاورتهم لغنيا الا أن الله أراد أن يستن بذلك الحكام ، وقد شاورا النبى صلى الله عليه وسلم فى أسارى بدر فأشار أبو بكر بالفداء وأشار عمر رضى الله عنهما بالقتل ، وروى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن أبا بكر

---

(١) المهذب ٢٩٨/٢ .

(٢) سورة آل عمران الآية ١٥٩ .

رضى الله عنه كان اذا نزل به أمر يريد فيه مشاورة أهل الرأى والفقه ودعا رجالا من المهاجرين ورجالا من الأنصار ودعا عمر وعثمان وعليا وعبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن جبل وابى بن كعب وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ، فمضى أبو بكر على ذلك ، ثم ولى عمر رضى الله عنه وكان يدعو هؤلاء النفر فان اتفق أمر مشكل شاورهم فيه فان اتضح له الحق حق به فان لم يتضح أخره الى أن يتضح (1) .

٧ ـ الامتناع عن الحكم أو نظر القضايا عند تعرض القاضى لأحد الأمور أو الاعراض التالية وهى :ـ

أ ـ الغضب .

ب ـ الجوع أو العطش الشديدين .

ج ـ الحزن الشديد أو الفرح الكبير المفاجئ .

د ـ النعاس اذا كان يغلبه .

هـ ـ المرض المؤلم اذا كان يقلق فى القضاء .

و ـ مدافعة الأخبثين (قضاء الحاجة بالنسبة للبول والغائط) .

ى ـ الحر الشديد المزعج أو البرد القارس المؤلم .

فقد روى أبو بكر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " لا ينبغى للقاضى أن يقضى بين اثنين وهو غضبان " . كما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " لا يقضى القاضى الا وهو شبعان ريان " . ولأن

---

(1) المرجع السابق .

فى هذه الاحوال السابقة قد يشتغل قلب القاضى بها فلا يتوفر على الاجتهاد فى الحكم ..

فاذا حكم فى هذه الأحوال صح حكمه لأن الزبير ورجلا من الأنصار اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير اسق زرعك ثم أرسل الماء الى جارك ، فقال الأنصارى وان كان ابن عمتك يا رسول الله فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمر وجهه ثم قال للزبير اسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم ارسله الى جارك " (١)

٨ - ويكره أن يباشر القاضى البيع والشراء بنفسه بدون ضرورة لما روى أبو الأسود المالكى عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ماعدل وال اتجر فى رعيته أبدا " ، ولأن شريحا القاضى قال : شرط على عمر بن الخطاب رضى الله عنه حين ولانى القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع " ولأنه اذا باشر القاضى البيع والشراء بنفسه لم يؤمن أن يحابى فيميل الى من حاباه ، ولهذا قال الفقهاء : ان احتاج الى البيع والشراء وكل من ينوب عنه من لا يعرفه الناس ، فان عرف الناس الوكيل استبدل بمن لا يعرف حتى لا يحابى لأن محاباة الوكيل هى محاباة للأصل .

---

(١) المهذب ص ٢٩٢ .

فان لم يجد القاضى من ينوب عنه فى أمور البيع والشـــراء التى لا غنى له عنها تولى ذلك بنفسه لأنه لابد له منه ، فاذا وقعت لمن بايعه قضية تقع فى اختصاصه استخلف من يحكم فيها ، لأنـــه اذا تولى الحكم بنفسه لم يؤمن من الميل أو الاتهام .

أما حضور الولائم العامة فانه لا شئ فيها اذا دعى اليهـــا القاضى لأن ولائم غير العرس اجابتها مستحبة واجابة ولائم العـــرس واجبة مع الخلاف فى أنها واجبة على العين أو على الكفايـــة .

وكذلك لا شـــئ ولا حرج على القاضى فى أن يعود المرضى ويشهـد الجنائز لقوله صلى الله عليه وسـلم : " عائد المريـــض فى مخــرف من مخارف الجنـــة حتى يرجع " ، والنص عام ولأنـــه صلى الله عليه وسلم عاد غلاما يهوديا فى جداره وكان مريضا وعـــرض عليه الاسلام فأجاب وأسـلم ، كما أنه صلى الله عليه وســلم كان يصلى على الجنائز وهو حاكم الناس وقاضيهم ومفتيهم (١) .

٩ ــ اتخاذ مكان للحبس ، وذلك مستحب لأن عمر رضى الله عنـــه اشـــترى دارا بمكه بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنا واتخذ على رضى الله عنه سجنا كذلك ، لأن الحبس قد يحتاج اليه أثناء القضاء وذلك للتأديب ولاستيفاء الحق من الماطل فيه .

---

(١) المهـــذب : ص ٢٩٢

١٠ ـ اتخاذ كاتب لكتابة الجلسة ان احتيج الى ذلك ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم على بن أبى طالب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ، ويشترط فى الكاتب أن يكون عارفا بما يكاتب به القضاة من الأحكام وما يكتبه من المحاضر والسجلات لأنه اذا لم يعرف ذلك أفسد ما يكتبه بجهله ولكن هل يشترط فيه أن يكون مسلما عدلا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أن ذلك شرط لأن أبا موسى الأشعرى قدم على عمر رضى الله عنه ومعه كاتب نصرانى فانتهره عمر رضى الله عنه وقال لا تأمنوهم وقد خونهم الله ، ولا تدنوهم وقد أبعدهم الله ، ولا تعزوهم وقد أذلهم الله ، ولأن الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل به حقوقهم وأما اشتراط العدالة فلأن الفاسق قد يخون فهو لا يؤتمن على أعمال القضاء التى هى مبنية على العدالة لفسقه .

والوجه الثانى : ليس بشرط أن يكون الكاتب مسلما عدلا بل ذلك أمر مستحب فقط ، لأن ما يكتبه الكاتب لا بد أن يقف عليه القاضى ويطلع عليه بنفسه ثم يمضيه ، وبهذا يؤمن جانب الخيانة من الكاتب .

وانما لم يكن اتخاذ الكاتب واجبا لأن القضاء هو الذى يثبت الحقوق والأثبات لا يشترط فيه الكتابة ، لأن الكتابة

لاثبات الديون غير واجبة أخذا من آية المداينة ، فى قوله تعالى : " يا أيها الذين أمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه "[1] ، فان العلماء قالوا : ان الأمر للارشاد فقط بدليل قوله فى أخر الآية : " فان آمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أئتمن أمانته وليتق الله ربه " .

١١ ـ اتخاذ حاجب لأن عمر اتخذ حاجبا وكذلك عثمان رضى الله عنهما واتخذ الحسن البصرى حاجبا ، واتخذ على قنبرا حاجبا ، ولان الحاجة قد تدعو الى ذلك من حيث تنظيم امور القضاء وتسهيله .

* * *

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

" المبحث الخامس "

انعزال القاضي وعزله

وعزل القاضي عن ولاية القضاء اما أن يكون منه أو من غيره والذي يرجع اليه اما أن يكون باختياره واما أن يكون خارجا عن ارادته ، والذي من غيره اما أن يكون بسبب خلل أو بغير سبب ويظهر تفصيل ذلك في الأحوال الآتية : -

١ - ينعزل القاضي بعزل الامام (رئيس الدولة) أو من ينوب عنه في تولية القضاء وذلك اذا ظهر منه خلل يؤثر في أعمال القضاء كقبولة الرشوة والجور في الأحكام وغير ذلك من عدم الرعاية للآداب القضائية الواجبة الأتباع ، وهذا لاخلاف فيه بين الفقهاء الشافعية ، ومعنى ذلك أن مايصدره القاضي من أحكام بعد هذا العزل لا تكون ملزمة للخصوم .

٢ - كما ينعزل القاضي بعزل الامام أومن له السلطة في التولية اذا وجد من هو أفضل منه في أعمال القضاء والحكم بين الناس أو مثله ، وكان في عزله مصلحة كتسكين فتنة بين الناس قائمة أو محتملة سواء كان التسكين بالعزل أو بتولية القاضي الجديد ، وهذا لا خلاف فيه أيضا بين الفقهاء .

فان كان الجديد مثله وليست هناك مصلحة فى عزله ففى صحة العـزل خلاف على قولين للأصحـاب :

الأول : وهو الأصح ينفذ العزل لأن ولاية القضاء مـــن اختصاص الامام أصلا والقاضى مستخلف فيها فاذا عزله صاحب الحـق فيها انعزل ولو من غير سـبب .

والثانى : وهو الصحيح لا ينفذ العزل لأنه من غير سـبب ولأن القضاء فرض على الكفاية أصلا ويتعين بالتعيين كالجهـــاد والقضاء لرفع الظلم وفى عزله من غير سـبب ظلم من العازل ولا طاعة لمخلوق فى معصية الخالـق ، وعلى هذا فان مايصدره من أحــكام تكون ملزمة للخصوم لأن توليته مستمرة وليس هناك مايوقفها شـرعا .

وعلى القول الأول الأصح الذى ينفذ العزل لا ينعـــزل القاضى عن ولاية القضاء قبل بلوغه خبر عزله ، وهذا هو القـــول المعتمد فى المذهب .

وفى قول وهو ليس بقوى أنه ينعزل من وقت العزل لأن بلوغ الخبر يكفى فيه عدل واحد مع استفاضة ذلك بين الناس .

وعلى القول الأول المعتمد اذا كتب الامام الى القاضى :اذا قرأت كتابى فأنت معزول فقرأه انعزل بلاخلاف بين الفقهاء ، وكـذا ان قرئ عليه بواسطة غيره على الأصح ومقابل الأصح لا ينعزل بقراءة

غيره لظاهر النص فى خطاب العــزل •

٣ ـ واذا تعـرض القاضى لجنون ولو كان متقطعا أو اغماء أو عمى أو ذهبت أهلية اجتهاده بغفلة أو نسيان غالبا لم ينفـــذ حكمه بلا خلاف اذا كان صادرا أثناء تعرض القاضى لأحـــد الأمور السابقة • ويصح عزله أثناء ذلك بلا خلاف أيضـــا الا ان الفقهاء اختلفوا فيما اذا لم يعزل القاضى حـــتى زالت عنه تلك الأمور التى تؤثر فى ولايته وحكمه هل يحكـــم وتستمر ولايته بعد عودته الى حالته العادية ؟

فى ذلك قـــولان :

الأصح : أن أحكامه لا تنفذ ولا تكون ملزمة للخصوم لـــزوال ولايته وهى لا تعود الا بتولية جديدة •

والثانى : وهو مقابل الأصح تنفذ الأحكام بمجرد عـــودة القاضى الى حالته الطبيعية لأنها أمور عارضة وقد زالت وهى بذاتها لا تعزل القاضى من ولاية القضاء وانما هى أسباب تجوز العزل عنـــد ظهورها من صاحب التولية الأصلية فى السلطة القضائية فاذا لـــم يعزل حتى زال الســـبب عادت ولايته استمرارا للتولية الأصليـــة •

٤ ـ تنحى القاضى برغبته واختياره عن ولاية القضاء وقبول صاحب الأمر فى سلطة التولية لهذا التنحى بشرط وجود من ينوب عنه ممن يحل محله للحكم بين الناس والا بأن لم يوجد غيره

لم ينفذ انعزاله من نفسه ولا يقبل منه لأنه فرض عين عليه لا يسقط باسقاطه له فتعين عليه القضاء .

٥ — زوال الولاية القضائية لزوال شروطها الواجبة فى ولاية القضاء زوالا نهائيا أو لزوال محلها وذلك بموت صاحبها وهو القاضى .

ويترتب على عزل القاضى أن أحكامه تكون غير ملزمه كما سبق القول .. وبناء على ذلك :

لا يقبل قوله بعد انعزاله : حكمت بكذا ، فان شهد القاضى المعزول مع آخر بحكمه أمام قاض آخر أى بأنه صاحب هذا الحكم قبل العزل لم يقبل على القول الصحيح المعتمد فى المذهب الشافعى .

أما اذا شهد القاضى المعزول مع آخر أمام قاض آخر بحكم حاكم جائز الحكم قبلت شهادته فى الأصح ، ومقابل الأصح لا تقبل لأن القضاء نوع من الشهادة وعزله منه يؤثر فى شهادته لان ما يؤثر فى ولاية القضاء يؤثر فى الشهادة ، فاذا لم يقبل قضاؤه لم تقبل شهادته من باب أولى .

ويقبل قول القاضى حكمت بكذا اذا كان ذلك فى محل ولايته قبل عزله أو انعزاله ، فان كان فى غير محل ولايته فهو كقاض معزول ولا يقبل قوله ولا يعمل به .

" المبحث السادس "

الاجراءات القضائية : (صفة التقاضي)

تمهيـد :

المراد بصفة التقاضي أو الاجراءات القضائية هي مجموعة القواعد أو الأمور الشكلية التي يجب أن تراعى عند النظر في الدعوى بحيث يترتب على الاخلال بها الطعن على مايصدره القاضي من أحكام بالبطلان ، وهذه الاجراءات منها مايتعلق بالقاضي ومنها مايتعلق بالخصوم .

وقد تكلم بعض الفقهاء عن الاجراءات الخاصة بالقاضي أثناء نظر الدعوى أمامه في مبحث مستقل تحت باب صفة القضاء وعن الاجراءات التي تخص الخصوم في باب الدعوى كما فعل صاحب المهذب ، وقد تكلم البعض الآخر عن الجميع في مباحث الدعوى والاثبات كما فعل النووي وغيره في كتابه المنهاج .

وعلى كل حال فان هذه الاجراءات هي مايطلق عليها في القوانين الحالية الوضعية : بقانون الاجراءات الجنائية ، وقانون المرافعات ، وهذا التقسيم لم يوجد في الفقه الاسلامي لأن لكل فقه نظامه الخاص وتقسيماته التي توافقه من حيث التطبيق والعمل به لأن الفقه الاسلامي لم يخصص للقضايا التي تتعلق بالجنايات نظما

خاصة بها تختلف عن القضايا المدنية كما فعل الفقه الوضعي ، وقد سار الفقه الشافعي على نطاق الفقه الاسلامي ومع ذلك فهذا لا يمنع من الأخذ بالتقسيم الذى عليه الفقه الوضعي الحالي ان كان ذلك هو الأنسب بالنسبة لظروف العصر وتسهيل العمل القضائي وسرعة الفصل بين الخصوم لأن تنظيم الفقه الاسلامي عمل وضعي لأنه من عمل الفقهاء يجوز العدول عنه أو تعديله حسب المصلحة وعلى كل فاننا سنسير على منهج الكلام عن هذه الاجراءات ضمن القسم الثاني الخاص بالدعوى والاثبات لأننا نتكلم عن الفقه الشافعي ونؤصله ونوضحه ونبرزه بصورة يسهل فهمها بلغة العصر ، وهذا هو منهج أغلب فقهائنا القدامى من الشافعية ، ولهذا سرت سيرتهم ونهجت نهجهم .

القسم الثاني

الدعوى والاثبات

المبحث الأول

الدعوى القضائية

تعريف الدعوى :

: الدعوى لغة : الطلب والتمنى وتجمع

على دعاوى بفتح الواو وكسرها ، وهذا يشمل الدعوى الى الله بمعنى الدعاء وطلب الحاجة منه سبحانه ، ودعوى الشيء أي ملكيته سواء نوزع فيه أم لم ينازع .

وأما تعريفها شرعا : فهي اخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم يصح حكمه [1] .

---

(١) السراج الوهاج ص ٦١٤ ، والنظم المستعذب ص ٣١٠ .

أركان الدعوى :

للدعوى القضائية أركان ثلاثة هي :

١ ـ مدعي .

٢ ـ مدعى به .

٣ ـ مدعى عليه .

شروط المدعي :

ويشترط في المدعي أن يكون قادرا على رفع الدعوى بنفسه وهو أن يكون مطلق التصرف فيما يدعيه بنفسه سواء كان له أو لغيره بولاية أو وكالة وهذا يستدعي أن يكون مكلفا ملتزما بالأحكام(٢) .

المدعى عليه : والمدعى عليه ركن أصيل من أركان الدعوى القضائية ويشترط فيه أن يكون شخصا سواء كان هذا الشخص طبيعيا كالانسان أو اعتباريا كالوقف وبيت المال . وأن ينازع المدعى عليه المدعي فيما يدعيه سواء كان ذلك بالفعل في الحال أو في المستقبل أو بالقوة .

المدعى به : وهو الركن الثالث من أركان الدعوى ويشترط فيه أن يكون معلوما سواء كان ذلك بالعين أو بالوصف

---

(٢) التنبيه ص ١٤٩ .

وعلى ذلك لا تصح الدعوى بالمجهول فى كل الأحوال الا فى حالة خاصة وهى دعوى الوصية لأن الوصية تجوز وتصح بالمعلوم والمجهول للمصلحة ، فلذا جازت الدعوى بالمجهول فيها للضرورة والضرورة تقدر بقدرها ولا يقاس عليها .

سبب عدم صحة دعوى المجهول :

والسبب فى ذلك أن القصد من رفع الدعوى هو طلب فصل الخصومة بالحكم ، والحكم التزام بحق على كلا الطرفين للآخر ولا يمكن ذلك ولا يتحقق فى المجهول الا فى الوصية كما سبق [1] .

ويتفرع على ذلك ما يأتى :

أولا : ان كان الشئ المدعى به دينا وجب على المدعى بيان هذا الدين بيانا كاملا بحيث يمكن معرفته ولا يلتبس بغيره ، وذلك يتطلب ذكر جنس الدين ونوعه وصفته .

ثانيا : وان كان المدعى به عينا : ان كانت باقية وقت رفع الدعوى وجب ذكر صفتها وليس بلازم ذكر قيمتها وان كان من الأحوط ذكر القيمة ، أما ان كانت العين المدعى بها قد تلفت بحيث لم تكن موجودة عند رفع الدعوى ننظر : ان كان

---

(١) المهذب ٢ / ٣١٠ ، والتنبيه ص ١٤٩ وعمدة السالك وعدة الناسك لابن النقيب ص ١٠٢ الطبعة الثانية .

لها مثل أي شبيه وجب ذكر صفتها ولا يلزم ذكر القيمة وان كان ذكرها أحوط ، وان لم يكن للعين التالفة مثل أى مايشبهها وجب ذكر قيمتها وليس بلازم ذكر الصفة وان كان ذكرها أحـوط .

ثالثا : وان كان المدعى مالا عن وصية جاز أن يدعى مجهولا لأن بالوصية يملك المجهول ولا يلزم فى دعوى المال ذكر السبب الذى ملك به لأن أسبابه كثيرة فيشق معرفة سبب كل جزء منه .

رابعا : وان كان المدعى به قتلا لزم المدعى ذكر صفة القتل بكونه عمدا أو خطأ وبكونه من فعل المدعى عليه وحده ، أو شاركه فيه غيره ، وأن يذكر فى العمد صفة العمدية ، لأن القتل لا يمكن تلافيه ، فاذا لم يبين بالتفصيل فقد يختلط الأمر بما لم يؤمن معه أن يحكم بالقصاص وأن يقتص فيما لا يجب فيه القصاص .

خامسا : فى النكاح قال الشافعى لا تسمع الدعوى به حتى يقول المدعى ان كان زوجا نكحتها بولى وشاهدين ورضاها ، ومعنى ذلك وجوب ذكر السبب فى دعاوى النكاح ، وقد اختلف الشافعية فى ذلك على ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : لا يشترط ذكر السبب فى صحة الدعوى ، لأن

النكاح دعوى ملك أى ملك المنفعة أو البضع أو الاستمتاع ودعوى الملك لا يشترط فيها ذكر سبب الملكية كدعوى المال ، وحمل أصحاب هذا الوجه نص الشافعى على أن قوله على سبيل الاستحباب لا الوجوب كما قال فى امتحان الشهود اذا ارتاب بهم .

الوجه الثانى : يجب ذكر السبب لأنه شرط فى صحة الدعوى لأن النكاح مبنى على الاحتياط وتتعلق العقوبة بجنسه أى اذا كان فى غير مباح كالزنا فلذا شرط فى دعواه ذكر الصفة لمعرفة النكاح من السفاح كدعوى القتل حيث اشترطنا فيها التفصيل ونص الامام يشهد لنا .

الوجه الثالث : التفصيل وهو : ان كان المدعى يدعى ابتداء النكاح لزمه ذكر السبب لأن ذلك شرط فى الابتداء ، وان كان يدعى استدامة النكاح لم يشترط ذكر السبب لأنه ليس بشرط فى الاستدامة (١) .

وان كانت الدعوى فى النكاح من المرأة ، كأن ادعت امرأة على رجل نكاحا ننظر : ان كان مع النكاح حق تدعيه من مهر أو متعة سمعت دعواها ، وان لم تدع حقا سواه ففى صحة الادعاء وجهان :

---

(١) المهذب : ٢/٣١٠ .

أحدهما : لا تسمع لأن النكاح حق للزوج على المرأة فاذا ادعت المرأة به كان ذلك اقرارا منها به والاقرار لا يقبل مع انكار المقر له كما لو أقرت له بمال فأنكره .

والثاني : تسمع دعوى المرأة على الرجل بالنكاح وحده لأن النكاح يتضمن حقوقا لها كالمهر والنفقة وغير ذلك ولا تثبت هذه الحقوق الا اذا ثبت النكاح فلذا صحت الدعوى به منفردا [1].

سادسا : ان كان المدعى بيعا أو اجارة ففى صحة الدعوى به وجهان :

أحدهما : لا تفتقر صحة الدعوى الى ذكر شروط البيع لأن المقصود به المال والمال لا يفتقر الى ذكر السبب .

والثاني : لابد من ذكر الشروط لأن ادعاء الشيء بالبيع دعوى عقد والعقد يفتقر الى شروط لأن العقد منه ماهو صحيح ومنه ماهو غير صحيح . فلذلك احتجنا الى معرفة الشروط كما فى دعوى النكاح [2].

---

(١) المهذب : ٢/٣١٠ .

(٢) المرجع السابق .

طريقة السير فى الدعوى والمرافعة والحكم فيهـــا

أولا : طريقة السير فى الدعوى :

١ - اذا حضر عند القاضى خصمان وادعى أحدهما على الآخر حقا يصح فيه دعواه وسأل القاضى مطالبة الخصم بالخروج من دعواه [1] ، طالبه القاضى بذلك وقال له ماجوابك على ماادعاه المدعى ، واذا لم يسأل المدعى القاضى مطالبة خصمه المدعى عليه الجواب على دعواه فالمذهب أن للقاضى أن يوجه الدعوى الى الخصم ليجيب عنها ، لأن هذا حقه يتعلق بسلطان القاضى الاذن لـــه بذلك وعلى هذا فلا يحتاج القاضى فى توجيه الدعوى الى الخصم ليجيب عنها الى اذن المدعى ، وفى وجه آخر للشافعية أنـــه لا يجوز للقاضى مطالبة الخصم بالجواب من غير مطالبة المدعى لأن ذلك حق للمدعى ولا يجوز استعمال حق الغير من غير اذنه وقد سبق أن بيننا أن المفتى به فى المذهب هو الأول [2] .

٢ - اذا وجه القاضى الدعوى الى الخصم ليجيب عنها فلا يخلو الحال من أن يقر الخصم المدعى عليه أو ينكر الدعوى

---

(١) وذلك اما بالنفى أو بموافقة المدعى .

(٢) المهذب : ٢/٣٠٠ .

أو يسكت بحيث لم يقر ولم ينكر ..

أولا : فان أقر المدعى عليه لزمه الحق المدعى به ووجب عليه أداؤه للمدعى ولكن لا يحكم القاضى بذلك الا اذا طلب المدعى صاحب الحق لأن الحكم حق له بلا خلاف فلا يستوفيه القاضى من غير اذنه فان طالبه حكم له به على المدعى عليه .

ثانيا : وان أنكر المدعى عليه الدعوى فان كان المدعى لا يعلم أن من حقه اقامة البينه بعد الانكار قال له القاضى ألك بينة ؟ فان قال نعم ، فان كانت معه بينها وان طلب الامهال لحضورها أمهله القاضى .

وأما ان كان المدعى يعلم أن حقه البينه بعد الانكار فللقاضى أن ينبهه أو يسكت ، فان لم تكن هناك بينه للمدعى بعد طلبها منه وكانت الدعوى فى غير دم فله أن يحلف المدعى عليه ولا يجوز للقاضى احلافه الا بعد مطالبة المدعى ذلك لأنه حق له فلا يستوفيه القاضى من غير اذنه .

فان أحلفه القاضى قبل المطالبة لم يعتد بهذا الحلف لأنه قبل وقته لا يتعلق به حكم ، ولهذا فان من حق المدعى أن يطالب باعادة اليمين مرة ثانية لأن اليمين الأولى لم تكن يمينه وان أمسك المدعى عن احلاف المدعى عليه ثم اراد أن يحلفه بعد ذلك بالدعوى نفسها جاز لأنه لا يسقط حقه من اليمين بهذا الامساك لأن الامساك قد يكون تأخير وهذا حقه ، أما

اذا لم يحلف المدعى المدعى عليه بأن أبراه منها كقوله : ابرأتك من اليمين فيسقط منها فى هذه الدعوى ويحكم القاضى برفضها ولكن للمدعى أن يستأنف رفع الدعوى مرة أخرى لأن حقه لم يسقط بابرائه الخصم من اليمين • فان استأنف الدعوى فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لأن هذه الدعوى غير الدعوى التى أبرأه فيها من اليمين فان حلف المدعى عليه سقطت الدعوى " لما روى وائل بن حجر أن رجلا من حضرموت ورجلا من كنده أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمى هذا غلبنى على أرض ورثتها من أبى وقال الكندى أرضى وفى يدى أزرعها لا حق له فيها • فقال النبى صلى الله عليه وسلم : " شاهداك أو يمينه قال انه لا يتورع عن شئ قال ليس لك الا ذلك " (١) •

٣ — ان تعينت اليمين على المدعى عليه وامتنع عن أدائها لم يسأل عن سبب امتناعه فان ابتدأ وقال امتنعت لأنظر فى الحساب " مثلا " أمهل ثلاثة أيام فقط لأنها مدة قريبة ولا يمهل أكثر منها • فان لم يذكر المدعى عليه عذرا لامتناعه عن أداء اليمين اعتبره القاضى ناكلا — أى ممتنعا عن اليمين — ولكن لا يقض عليه بالحق بنكوله هذا وحده • لأن الحق انما يثبت بالاقرار أو البينة والنكول ليس باقرار ولا بينة •

---

(١) المهذب ٣٠١/٢ •

٤ — اذا نكل المدعى عليه وحكم القاضى بذلك ثم بـذل اليمين بعد هذا النكول — أى طلب أداء اليمين أو حلفها بنفسه — لم يسمع منه الطلب ولا قيمة لليمين التى أداها ، لأن بنكوله ثبت حق المدعى وهو اليمين [1] .

ولا يجوز ابطال حق صحيح على صاحبه واجابة المدعى عليه للحلف بعد الامتناع ابطال لهذا الحق الذى ثبت للمدعى .

٥ — اذا ردت اليمين على المدعى وكان لا يعلم أن اليمين صارت اليه ومن حقه كان من حق القاضى أن ينبهه الى ذلك بأن يقول له أتحلف وتستحق ماتدعيه ؟ فان قال أحلف ردت عليه اليمين . وكذا من حق القاضى أن يقول له أتحلف وان كان يعلم أن من حقه ذلك كما أن للقاضى أن يسكت ولا يطلب من المدعى أداء اليمين ، والدليل على رد اليمين مارواه ابن عمر رضى الله عنهما " أن النبى صلى الله عليه وسلم رد اليمين على صاحب الحق " وما رواه من أن المقداد استقرض من عثمان مالا فنشأ بينهما نزاع بسببه فتحاكما الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ليحكم بينهما فى هذا النزاع ، فقال المقداد القرض أربعة آلاف ، وقال عثمان هو سبعة آلاف ، فقال المقداد لعثمان احلف أنه سبعة آلاف فقال عمر لعثمان انه انصفك وطلب منه أن يحلف فامتنع عثمان عن أداء اليمين ولم يحلف فاعتبره عمر ناكلا وحكم بمقتضى ذلك ، فلما ولى المقداد [2] قال

(١) وتسمى باليمين المردودة لانها ردت عليه بعد أن امتنع عنها المدعى عل

(٢) أى خرج من الجلسة القضائية .

عثمان والله لقد اقرضته سبعة آلاف ، فقال عمر : لم لم تحلف فقال : خشيت أن يوافق ذلك بـه قدر بلاء فيقال بيمينه "[1].

٦ - اذا نكل المدعى عليه لا يسأل عن سبب نكوله أما اذا توجهت اليمين الى المدعى ونكل فيجب على القاضى أن يسأله عن سبب نكوله ، والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث لم يسأل عن سبب نكوله هو : ان بنكول المدعى عليه وجب للمدعى حق فى رد اليمين عليه والقضاء له بها اذا حلف فلم يجز سؤال المدعى عليه لأن السؤال قد يكون سببا فى ضياع هذا الحق على صاحبه ، أما نكول المدعى فانه لا يترتب حقا يجب لغيره حتى يسقط بسؤاله .

٧ - اذا نكل المدعى عن اليمين المردودة فسأله القاضى عن سبب نكوله فأجاب أنه امتنع عن اليمين لأن له بينه سيحضرها وحسابا ينظر فيه فهو على حقه من اليمين - أى له أن يؤديها فى أى وقت بعد ذلك - ولا يضيق عليه فى المدة .

والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث قلنا أنه لا يترك أكثر من ثلاثة أيام[2] أن ترك المدعى عليه - اى امهاله بدون تحديد -

---

(١) أى أن ورع عثمان رضى الله عنه خشى أن يؤدى حلفانه وثبوت السبعة آلاف حرج وضائقة مالية فيسبب للمقداد بلاء فيقال أن عثمان سبب هذا البلاء ولهذا امتنع عن اليمين وبهذا الامتناع ثبت للمدعى ماأدعاه بعد أن ردت اليه اليمين فحلف حيث لم تكن معه بينه .

(٢) أنظر فقرة رقم ٣ .

يتأخر حق المدعى فى الحكم له بما ادعاه لأنه صاحب الدعوى أصلا أما ترك المدعى فانه لا يؤخر الا حق نفسه وهو أدرى بمصلحتـــه حيث لا يترتب على ذلك ضرر المدعى عليـــه (١).

٨ ـ اذا نكل المدعى عن اليمين المردودة فسأله القاضـى عن سـبب نكوله فقال له امتنعت عن اليمين لأنى أختار ألا أحلـف اعتبره القاضى ناكلا وحكم بمقتضى هذا النكول ، فان بذل اليمين بعد الحكم عليه بالنكول لم تقبل اليمين فى هذه الدعوى لأنه أسقط حقه فيها ولكن من حقه أن يستأنـف الدعوى من جديد ويحلف اذا ردت اليه فى الدعوى الجديدة .

٩ ـ اذا كانت الدعوى فى موضع لا يمكن رد اليمين فيها على المدعى وذلك كأن يدعى انسان على آخر دينا ثم مات المدعى ولا وارث له غير بيت مال المسلمين وأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين ففى الحكم عليه بمقتضى هذا النكول خلاف على وجهـين :

أحدهما : أنه يقضى بنكوله فى الحال لانه لا يمكن رد اليمين على الحاكم لأنه لا يجوز أن يحلف عن المسلمين لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا يمكن ردها على المسلمين لأنهم لا يتعينون فقضى بالنكول لموضع الضـرورة .

والثانى وهو المذهب : أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو

(١) المهـذب ٢/٣٠١ .

يقر لأن الرد لا يمكن لما ذكر والقضاء بالنكول وحده لا يجوز لأنـه اما أن يكون صادقا فى انكاره فلا ضرر عليه فى اليمين اذا أداها ، أو كاذبا فيلزمه الاقرار بالمدعى بـه عليـه .

١٠ - واذا ادعى وصـى دينا لطفل تحت وصايته على رجل وأنكر هذا الرجل الدين وليس مع المدعى بينـة ونكل المدعى عليـه عن اليمين وقف السير فى الدعوى الى أن يبلغ الطفل فيجدد السير فى الدعوى بنفسـه ويحلف لأنه لا يمكن رد اليمين على الوصـى لأن اليمين لا تدخلها النيابـة ولا على الطفل فى الحال لأنه لا يصح يمينـه وهو صغير ، فلذا وجب التوقف فى سـير الدعوى الى أن يبلغ الطفـل صاحب الديـن [1] .

---

(١) المهـذب : ٣٠٢/٢ .

ثانيا : المرافعات والأحكام :

١ - اذا ادعى انسان على آخر حقا ماليا مضافا الى سببه كأن ادعى عليه أنه أقرضه مبلغ ألف دينار مثلا أو أنه أتلف عليه شيئا من ماله وحدده ، فقال المدعى عليه ما أقرضني أو ما أتلفت عليه ماله صح الجواب عن الدعوى ، وكذا يكون الجواب عن الدعوى صحيحا لو قال لا يستحق المدعي فيما يدعيه على شيئا ، لأن المدعى عليه لا يكلف انكار المدعى به وذلك لأنه يجوز أن يكون الادعاء صحيحا لاحتمال وفاء المدعى عليه الحق أو الابراء منه والانكار يجعله كاذبا لأن الادعاء في ذاته صحيح من حيث الأصل والمنشأ ، أما الاقرار فانه يثبت عليه المدعى به لأنه لا يقبل قوله بعد الاقرار انه قضاه أي أداه للمدعى أو ابرئ منه فلكل هذا كان انكاره للاستحقاق صدق ولا يؤدى به الى ضرر يقع عليه .

٢ - اذا ادعى رجل على آخر دينا في ذمته أو عينا بدون بينة وأنكر المدعى عليه ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه والدليل على ذلك ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه " هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان الأصل براءة الذمة بالنسبة للمدعى عليه ولا ينتفي ذلك عنه الا بدليل ، فكان القول قوله عند عدم الدليل وزيادة في

الاحتياط طلب منه اليمين ، وأما الادعاء بالعين بدون بينة فدليلها ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للمدعى : " شاهداك أو يمينه " ، ولأن الظاهر من اليد الملك فقبل قول صاحب اليد لأن : الظاهر يؤيده وزدنا فى الاحتياط اليمين منه " (١) .

٣ — اذا ادعى شخصان عينا كل منهما يدعيها لنفسه ومع أحدهما فقط بينة دون الآخر حكم لصاحب البينة ولو كانت العين كلها فى يد المدعى الآخر (المدعى عليه) لحديث : " شاهداك أو يمينه " ولأن البينة حجة صريحة فى اثبات الملك لا شبهة فيها ، واليد تحتمل الملك وغيره والذى يقويها هو اليمين ، وهو متهم فيها فقدمت البينة عليها .

٤ — واذا ادعى اثنان عينا كل منهما يدعيها لنفسه ومع كل منهما أيضا بينة تؤيده فى دعواه ينظر القاضى أو الحاكم : " ان كانت العين فى يد أحدهما فقط قضى لمن هى فى يده بدون يمينه على النص عند الامام الشافعى لأن اليد ترجح بينة صاحب اليد على بينة الآخر فتسقطها ، وان كان الذى فى يده العين ليس معه بينة وقت الادعاء أو الحكم فحكم القاضى لمن ليست فى يده ببينته وسلمت

---

(١) المهذب ٢/٣١٠ ، ٣١١ ، والسراج على المنهاج ص ٦١٥

اليه ثم أقام بعد ذلك صاحب اليد الأولى ببينته نقض الحكم ورد ت العين اليه لأنا حكمنا للآخر ببينته ظنا بأنه لا بينة لصاحب اليد ، فاذا أتى بالبينة بأن لنا أنه كانت له يد مع بينة فقدمت على بينة الآخر لهذا السبب ولو بعد الحكم والتسليم اليه (١) .

• - واذا ادعى الاثنان العين وهى فى يدهما معا أو فى يد غيرهما أو لا يد لأحد عليها مطلقا ومع كل منهما بينة فلا يحكم لأحدهما على الصحيح ، لأنهما تعارضا فتساقطا ولا مزية لاحدى البينتين على الأخرى ، ويحكم القاضى اما برفض الدعويين أو ببقاء الحال على ماهو عليه حتى يثبتا أو أحدهما العكس فى دعوى جديدة ، هذا اذا كانت البينتان متساويتين من جميع الوجوه وهذا بلا خلاف عند الشافعية .

فان كانت بينة أحدهما شاهدين ، وبينة الآخر شاهد ويمين فقولان :

أحدهما : لا يحكم لأحدهما لأنهما تعارضتا فتساقطا وهذا هو الأظهر عند النووى كما ذكر فى المنهاج .

والثانى : يحكم لمن معه الشاهدان لأن بينته مجمع عليها وبينة الآخر مختلف فيها (٢) .

---

(١) المهذب ٢ / ٣١١ ، والسراج ص ٦٢١ .
(٢) المنهاج مع السراج ص ٦٢١ .

٦ ـ واذا ادعى اثنان عينا فى يدهما معا أو فى يد غيرهما ومع كل منهما بينـة على صحة ادعائه قدمت الأقدم ثبوتا فى الملكية منهما فمثلا : اذا كانت احدى البينتين تثبت أن الملك من سـنة والأخرى تثبت أن الملك من سنتين حكم لصاحب البينة بالسـنتين على الصحيح وذلك لأنها انفردت باثبات الملك فى زمان لا تعارضها فيه البينة الأخرى ، كما ذكر صاحب المهذب ، وقال النووى أن ذلك هو الأظهر من أقوال الامام الشافعى ، ومعنى ذلك أن الرأى المقابل للأظهر صحيح أيضا وعلى هذا لا يحكم القاضى لصاحب السنتين بـل يتوقـــف .

ويحكم القاضى لصاحب البينة المتقدمة بلا خلاف اذا كانـــت العين كلها فى يده .

أما لو كانت العين فى يد صاحب الأحدث بينة فيحكم له بهـا على المذهب مع ملاحظة وجوب أن تثبت البينة الملكية حتى وقت أداء الشهادة أو ذكر ما يدل على عدم علمهما بانتقالها كقولهم بأنهـــا مازالت على ملكه أو لا نعلم مزيلا لهذا الملك (١) .

٧ ـ واذا كانت العين المدعى بها والمتنازع عليها أثنـــان حيوانا وادعى أحدهما أنه ملكه ونتج فى ملكه مع بينته وادعى الآخـــر بأنها ملكه مع بينة من غير ذكر النتاج قدمت بينة صاحب دعوى النتـــاج

---

(١) المهذب ٢/٣١٢ .

وحكم له بها ، لأنها تنفى أن يكون الملك لغيره ، وهذا هو المعتمد [١] .

٨ - واذا ادعى شخص استحقاق عين فى يد غيره وأقام بينة أنها كانت فى يده أو فى ملكه أمس حكم القاضى برفض الدعوى ولا يحكم بمقتضى هذه البينة على الصحيح وذلك لأن المدعى ادعى ملك العين فى الحال وشهدت بينته بما لم يدعه فلم يحكم بها كما اذا ادعى عينا فشهدت بينته بعين أخرى [٢] .

٩ - واذا ادعى شخصان عقارا ، أحدهما يدعى ملكيته من سنتين مع بينة ، والثانى يدعى أنه اشتراه من المدعى الآخر من سنتين مع بينة حكم لمن ادعى الشراء ، لأن بينة الملك شهدت بالملك على الأصل ، وبينة الشراء شهدت بأمر حادث خفى على بينة الملك فقدمت عليها كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل فى الشهادة .

١٠ - اذا ادعى شخص عقارا لنفسه فى يد غيره وقال فى دعواه أنه اشتراه من مالكه فلان غير الذى فى يده العقار وأنه تسلمه منه وشهدت بينته بذلك حكم له القاضى بدعواه وسلم اليه العقار فان شهدت البينة أنه اشتراه من فلان ولم تبين انه اشتراه من

---

(١) المهذب ٢/٣١٢ .

(٢) المرجع السابق .

مالكه ولأنه تسلمه منه لم يحكم بهذه الشهادة وتظل الدار فى يد من هى فى يده لأن الانسان قد يبيع ما يملكه وما لا يملكه ولا يكون البيع صحيحا ملزما الا اذا كان من مالكه أوله الصفة الشرعية عن مالكه والبينة بهذه الصورة لاتثبت الملكية الصحيحة وانتقالها الى المدعى فلهذا كانت قاصرة فيحكم بالرفض .

١١ - واذا كانت دار فى يد رجل ادعاها آخر أنها ملكه وأن الذى تحت يده الدار استأجرها منى وأقام على ذلك بينة وقال الذى تحت يده هى ملكى وأقام على ذلك بينة قدمت ببينة المدعى الخارج الذى لا يد له . لأن الدار المستأجرة فى ملك المؤجر وبيده وليس للمستأجر الا الانتفاع فيصير الحال كما لو كانت فى يده دار وادعى رجل أنها له غصبه عليها الذى هى فى يده وأقام بينة بذلك حيث يحكم لمن ادعى الغصب ولو أقام الآخر بينة أنها له .

١٢ - وان تداعى رجلان دارا فى يد ثالث فشهد شاهدان لأحدهما أن الذى فى يده الدار غصبها من المدعى . وشهد للآخر شاهدان أنه أقر له بها حكم القاضى للمغصوب منه لأنه ثبت بالبينة أن الذى تحت يده الدار غاصب واقرار الغاصب لا يقبل منه (١) .

١٣ - اذا ادعى رجل أنه ابتاع دارا من فلان ونقده الثمن وأقام على ذلك بينة . وادعى آخر أنه ابتاعها منه أيضا ونقده الثمن

---

(١) المهذب ٣١٣/٢ .

وأقام على ذلك بينة وتاريخ أحدهما أقدم من الآخر كأن كـــان أحدهما في رمضان والآخر في شوال مثلا حكم لمن اشترى في رمضان لأنه اشتراها من مالكها وهي في ملكه ، أما الذي ابتاعها في شوال فقد اشتراها بعد مازال ملك مالكها عنها فيكون بيعا في ملك الغير وهو لا يكون بدون اذنه .

وان كان تاريخهما واحدا أو مطلقا أي بدون ذكر التاريخ أو أحدهما مطلقا وتاريخ الأخر مؤرخا حكم لمن في يده الدار لأن معه بينة تؤيدها اليد ، فان كانت في يد البائع اشتركا فيها وحكم لكل منهما بنصفها . وبنصف الثمن المدعى به على قول نختاره ونرجحه وتقسم الدار بينهما حتى وان أنكر البائع البيع بدون بينة لأن بينة المدعيين اتفقتا على ازالة ملك البائع واسقاط يده ولا يقبل منه الاقرار لأحدهما فقط على مانرجحه .

ويحكم بما سبق وهو تقسيم العين بين المدعيين فيما اذا ادعى أحدهما أنه ابتاعها من زيد مثلا وهو يملكها وأقام على ذلك ببينة وادعى الآخر أنه ابتاعها من محمد وهو يملكها وأقام على ذلك ببينة وادعى كل منهما أنه نقد البائع الثمن وشهدت البينة بذلك سواء كانت العين في يد أجنبي أو يد أحد البائعين (١) .

١٤ — اذا ادعى رجلان عقارا في يد رجل وعزيا بالدعوى الى سبب يقتضي اشتراكهما فيه كالارث أو الابتياع في صفقة فأقر

---

(١) المهذب ٣١٣ .

المدعى عليه الذى الذى فى يده العقار لاحدهما بنصفه شاركه الآخر النصف الباقى لأن دعواهما تقتضى الاشتراك فى كل جزء من المدعى به والاقرار لأحدهما بالجزء يثبت للآخر الباقى ما لم يكن هناك بينة على خلاف ذلك (١) .

وان أقر الذى فى يده العقار بجميعه لأحدهما نظر القاضى فإن كان قد سمع من المقر له الاقرار للمدعى الآخر باشتراكه معه بالنصف لزمه تسليم النصف اليه لأنه أقر بذلك فاذا صار اليه كله بمقتضى اقرار من بيده لزمه حكم اقراره ، وان لم يسمع القاضى منه ذلك بأن كان يدعيه جميعه لنفسه حكم القاضى له بالجميع .

١٥ — واذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن أو اختلف المتكاريان فى قدر الأجرة أو فى مدة الاجارة فان كان مع أحدهما بينة تؤيد دعواه دون الآخر حكم له بها وان كان مع كل منهما بينة نظر القاضى فان كانتا مختلفتين فى التاريخ حكم للأولى منهما لأن العقد الأول يمنع صحة العقد الثانى ، وان كانتا مطلقتين أو متساويتين فى التاريخ احداهما مؤرخة والأخرى مطلقة تساقطت البينتان وتحالفا على قول وأقرع بينهما القاضى فى قول آخر .

فاذا لم يكن مع أحدهما بينة تحالفا جميعا ويجب أن يجمع كل واحد منهما فى يمينه بين النفى والاثبات لأنه يدعى عقدا وينكر

---

(١) انظر المرجع السابق ص ٣١٤ ، ٣١٥ .

عقدا فوجب أن يحلف عليهما جميعا ويقدم النفى على الاثبات فاذا تحالفا وجب الحكم بالفسخ بعد التحالف[1] .

١٦ — اذا ادعى انسان على آخر عينا فى يده من غير بينة فان أقر له بها كانت له وحكم القاضى بذلك وان أقر بها لغيره معلوما أو مجهولا كأن قال هى لرجل لا أعرفه أو وقف على الفقراء كان للمدعى تحليفه فان حلف بقيت فى يده فان أقر بها لمعين حاضر يمكن مخاصمته وتحليفه سئل المقر له فان صدق المقر فى اقراره أنها له انتقلت الخصومة اليه وحكم القاضى بانتقال الخصومة بين المدعى والمقر له وسارت الدعوى على هذا الوضع الجديد فان لم تكن بينة حكم القاضى للمقر له بالعين بعد تحليفه اذا طلب المدعى ذلك .

فاذا كذب المقر له المقر أى بأنها ليست له تركت العين فى يد المقر على الصحيح وحكم القاضى برفض الدعوى لعدم الدليل .

وان أقر من بيده العين بأنها لغائب فالأصح انصراف الخصومة عنه بالنسبة لعين المدعى به ، ويوقف الأمر أى يحكم القاضى بوقف السير فى الدعوى حتى يحضر الغائب ولكن للمدعى أن يحلف المدعى عليه الذى بيده العين على اقراره بأنها للغائب .

---

(١) راجع المهذب ٢٩٣/١ ، ٣١٤/٢ .

فان كان مع المدعى بينة قضى بها القاضى بعد أن يحلف المدعى مع بينته لأنه من باب القضاء على الغائب على الصحيح [١].

١٧ — اذا تداعى رجلان حائطا بين داريهما فان كان مبنيا على تربيع احداهما مساويا لها فى السمك والحد ولم يكن بناؤه مخالفا لبناء الدار الأخرى ولم تكن لأحدهما بينة فالقول قول من بنى على تربيع داره ، وان كان لأحدهما عليه أزج — أى بزور أو رسوم أو فجوات — فالقول قوله ، وان كان مطلقا وهو الذى لم يقصد به سوى السترة حلفا وجعل بينهما لأنه متصل بالملكيه اتصالا واحدا .

١٨ — واذا تداعى الزوجان متاع البيت الذى يسكنانه ولا بينة لأحدهما حلفا وجعل الجميع بينهما نصفين لأنه فى يدهما فجعل بينهما .

١٩ — واذا تداعى المكرى والمكترى المتاع الذى فى الدار ولا بينة لأحدهما فالقول قول المستأجر فى كل مايعده العرف أنه ليس من أصل الدار أو المحل أو من لوازمه الرئيسية لأن يد المستأجر ثابتة على مافى الدار أو المحل واليد تشهد عند عدم البينة [٢] .

---

(١) راجع المنهاج والسراج ص ٦١٧ ، ٦١٨ .

(٢) المهذب ٢/٣١٧ .

٢٠ — اذا مات امرأة وابنها فقال زوجها فى دعواه الميراث ماتت الزوجة فورثها الابن ثم مات الابن فورثته ، وقال أخو المرأة فى دعواه مات الابن أولا فورثته الام ثم ماتت الأم شقيقتى فورثتها حكم بجعل مال الابن للزوج ، ومال المرأة للزوج والأخ معا لأنه لا يورث ميت من ميت ولأنه لا يرث الا من يتعين حياته عند موت مورثه وههنا لاتعرف حياة واحد من الميتين عند موت مورثه لأنه لا بينة على ذلك فلم يرث أحدهما من الآخر كالغرقى والحرقى (١) .

٢١ — اذا دعى ابن وزوجة عقارا فقال الابن العقار تركه والدى الميت ميراث ، وادعت الزوجة بأنه أصدقه لها مهرا وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الزوجة على بينة الارث لأن بينة الارث تشهد بظاهر الملك المتقدم ، وبينة الصداق تشهد بأمر حادث على الملك ، يخفى على بينة الارث الشاهدة (٢) .

٢٢ — الأصل اذا ترافع الشريكان الى الحاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما فقسم قسمة اجبار لم يعتبر تراضى الشركاء ، فان نصب الشريكان من نفسهما قاسما فقسم بينهما فالمنصوص للامام الشافعى أنه يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة وبعد خروج القرعة ويحكم القاضى على ذلك .

---

(١) ، (٢) المهذب : ٣١٦/٢ .

٢٣ — واذا تقاسما أرضا ثم ادعى أحدهما غلطا ، فان كان فى قسمة اجبار لم يقبل قوله من غير بينة لأن القاسم كالحاكم لا تقبل الدعوى عليه فى الغلط من غير بينة ، فان كانت بينة نقضت القسمة بحكم القاضى ، وان كان الادعاء بالغلط فى قسمة اختيار من غير قاسم رفضت الدعوى وان كانت بينة ، لأن القسمة بدون قاسم والتراضى بها يدل على الرضا بالنقص ، فان كانت فى قسمة اختيار بقاسم ، فان قلنا أنه يفتقر الى التراضى بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه وان قلنا أنه لا يفتقر الى التراضى بعد خروج القرعة فهو كقسمة الاجبار فلا يقبل قوله الا ببينة (١) .

٢٤ — وان تنازع الشريكان بعد القسمة فى بيت دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما أنه فى سهمه بدون بينة لأحدهما تحالفا ونقضت القسمة (٢) .

---

(١) المهذب : ٣٠٩/٢ .

(٢) المرجع السابق .

القضاء على الغائب :

١ - القضاء على الغائب جائز فى غير عقوبة لله سبحانه وتعالى ان كان للمدعى بينة على المدعى عليه الغائب وادعى جحوده للحق المدعى به فى دعوى المدعى أو أطلق على الأصح عند النووى ، فان قال المدعى فى دعواه أن المدعى عليه الغائب مقر بالمدعى به لم يسمع القاضى دعواه ولا بينته حتى يحضر الغائب أو من له صفة النيابة عنه ، فان حكم القاضى كان حكمه باطلا وغير ملزم للغائب .

٢ - ولا يلزم القاضى اذا كانت الدعوى على الغائب صحيحة مستوفية للشروط السابقة أن ينصب مسخرا عن الغائب للمرافعة بالنيابة عنه وانكار الحق المدعى به عليه بل ذلك مستحب فقط ، ولكن يلزم القاضى أن يحلف المدعى بعد أداء بينته أن الحق الذى له على الغائب ثابت فى ذمته الى الآن وأنه يجب عليه تسليمه الى - أى الى المدعى - هذا اذا كان المدعى صاحب الحق نفسه ، فان كان وكيلا عنه فلا يلزم القاضى تحليفه لأن اليمين لا تصح فيها النيابة (1).

٣ - ولو حضر المدعى عليه الغائب وقال لوكيل المدعى أمام القاضى أبرأنى موكلك لا يسمع قوله من غير بينة ويلزمه الحق المدعى

---

(١) المنهج للانصارى ص ٢٥٢ ، والسراج الوهاج ص ٥٩٥ ، ٥٩٦

بـه ووجب عليه وأمر بتسليمه لوكيل المدعى ان كان معـه أو فى يده ولكن للمدعى عليه تحليف الوكيل : بأنه لا يعلم هذه البراءة .

٤ - اذا ثبت المال على الغائب وله مال حاضر فى مكان الادعاء أو بلد المدعى حكم له الحاكم بأن يستوفيه منه ، فان لـم يكن له مال حاضر وطلب المدعى من القاضى أنهاء الحال فى الدعوى بالحكم أو سماع البينة الى قاضى بلد الغائب ليستوفى حقه هناك اجابه القاضى الى طلبه وأنهى الى قاضى بلـد الغائب بما سمع من بينة ليحكم بها أو بما حكم به ليستوفى للمدعى حقـه .

٥ - الانهاء أن يشهد القاضى عدلين على مايبعث بـه الـى قاضى بلد الغائب من سماع بينة ويسميها أو حكم لينفـذه فيشهد العدلين أمام القاضى الآخر بأنه سمع البينة أو بأنه حكم بكذا ولا يلزم كتاب الى القاضى فى ذلك بل ذلك مستحب فقط فيذكر فى الكتاب الذى يبعثه القاضى الحاضر الى قاضى بلد الغائب ، مايتميز به المحكوم عليه والمحكوم له من اسـم كل وكنيتـه وقبيلتـه ومميزاته الخاصة ان وجدت ويختمـه القاضى بختمـه الخـاص به مـع امضائه منعـا للتزوير ، ويشهد العدلان عند القاضى المكتوب اليـه

الخطاب وجوبا بما فى الكتاب ان كان معهم أوبما صدر من القاضى الأول ان لم يكن معهم كتاب وذلك ان أنكر الخصم الحق المدعى به .

٦ — اذا أنكر الخصم الحق المدعى به أمام القاضى المرسل اليه كتاب القاضى الأول : فان قال لست المسمى فى الكتاب أى أن هذا الاسم لشخص آخر صدق بيمينه ، وعلى المدعى بينة بأن هذا المكتوب اسمه ونسبه وعلى كل حال فان تحقيقات اثبات الشخصية تحل هذا الخلاف حيث يمكن للقاضى الاطلاع على تحقيق شخصية المدعى عليه المنكر بأنه ليس المدعى عليه المراد ليتحقق من صدقه أو كذبه .

فان أقام المدعى بينة بأنه المدعى عليه المراد أو تحقق للقاضى ذلك فقال المدعى عليه لست المحكوم عليه لا يسمع قوله ولزمه الحكم بالحق المدعى به مالم يكن هناك مشارك له فى الاسم والصفات ، وعلى المدعى عليه اثبات ذلك (١) .

فان حضر المشارك فى الاسم واعترف بالحق المدعى به طولب وترك الأول ، فان أنكرهو أيضا بعث القاضى المكتوب اليه هذا الى القاضى الأول الكاتب ليطلب منه أن يطلب من

---

(١) المنهاج مع السراج ص ٥٩٦ — ٥٩٧ ، والمنهج ص ٢٥٢ .

الشهود زيادة أخرى فى صفات المشهود عليه تميزه عن غيره ثم يكتبها ثانية ويبعث بها اليه فى بلد الغائب ٠

٧ — واذا حضر قاضى بلد الغائب ببلد الحاكم فشافهه بحكمه ففى امضائه على المدعى عليه اذا عاد الى محل ولايته واختصاصه خلاف على قولين :

أحدهما : وهو الأظهر له ذلك لأن للقاضى أن يحكم بعلمه الا فى الحدود ٠

والثانى : وهوالظاهر ليس له ذلك كالحدود[1] ٠

٨ — اذا اقتصر القاضى على سماع بينة بلا حكم على الغائب كتب « سمعت بينة على فلان بن فلان ويصفه بما يميزه » ويسميها القاضى المكتوب اليه بتعديل القاضى الكاتب ٠

والكتاب بالحكم يمضى مع قرب المسافة وبعدها أما الكتاب بسماع البينة فقط فلا يقبل الا فى مسافة قبول الشهادة على الشهادة وهى مافوق مسافة العدوى والتى يرجع الشخص منها مبكرا ليلا الى موضعه الأصلى على الصحيح ٠ وقيل مسافة قصر ٠

٩ — واذا سمع القاضى بينة على غائب فحضر قبل الحكم عليه لم يستعدها مرة ثانية بل يخبره القاضى بالحال ويترك له فرصة الاطلاع ويمكنه من جرح فيها وبما يدفع البينة عنه لأن ذلك حقه ٠

---

(١) المنهاج مع السراج ص ٥٩٣ ، ٥٩٧ ٠

فاذا عزل القاضي بعد سماع الشهادة ثم تولى القضاء من جديد وجب عليه قبل الحكم فيها استعادة الشهادة مرة أخرى [١] .

القضاء على حاضر بعين غائبة :

١٠ - واذا ادعى على حاضر عينا غائبة عن البلد يؤمن اشتباهها بغيرها كعقار معروف محدود موصوف أو عين معلومة سمعت الدعوى وسمع القاضي البينة وحكم بها وكتب الى القاضي الذي في دائرته العقار ليسلمه للمدعى .

فاذا كانت العين المدعى بها لا يؤمن اشتباهها بغيرها فليس له الحكم بلا خلاف ولكن له على الأظهر من الأقوال سماع البينة اذا بالغ المدعى في وصف المدعى به وذكر القيمة ثم يكتب الى قاضي بلد المال بما شهدت به البينة حيث يأخذ القاضي المكتوب اليه العين ويرسل بها الى القاضي الكاتب ليشهد المشهود على عينه ليحصل اليقين قبل أن يحكم القاضي . فاذا تيقن الشهود بأنها المشهود عليها حكم [٢] .

(١) السراج ص ٥٩٩ .

(٢) المنهج ص ٢٥٣ .

١١ ـ واذا أنكر المدعى عليه العين الغائبة التى سمعت البينة بها وقال ليس لى عين بهذه الصفة أولا أملكها صدق بيمينه فان حلف كان للمدعى دعوى القيمة فان نكل المدعى عليه عن اليمين فحلف المدعى أو أقام بينة كلف المدعى عليه احضار المدعى به أو دعوى تلف ببينه أو بيمينه حكم القاضى للمدعى بالقيمة اذا طلب ذلك .

وحيث وجب الاحضار على المدعى عليه وثبت الحق للمدعى استقرت مؤنة الاحضار على المدعى عليه ، فاذا لم يجب أو لم يثبت كانت مؤنة الاحضار على المدعى (١) .

١٢ ـ ولو شك المدعى هل تلفت العين فيدعى قيمة أم لا فيدعيها فقال فى دعواه غصب منى كذا ، فان بقى لزمه رده ، والا فقيمته أو دفعها له ليبيعها فجحدها وشك أباقية هى أم لا ، فقال ادعى عليه بكذا يلزمه رده ان بقى أو قيمته ان تلف أو بدله ان كان له مثل سمعت الدعوى وكانت صحيحة ويلزم الجواب عنها على المعتمد ويحكم القاضى للمدعى ان أثبت دعواه بأى طريق من طرق الاثبات الشرعية (٢) .

---

(١) السراج ص ٥٩٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٩٨ ، والمنهج ص ٢٥٣ .

المبحث الثاني

الحقوق التي يجب رفع الدعوى فيها

والتي يجوز

متى يجب الرفع ؟

ويجب رفع الدعوى عند قاض لطلب استيفاء عقوبة الا في القصاص وحد القذف أو في عقوبة لله كما في بقية الحدود حيث لا يجوز شرعا أن يأخذ صاحب الحق حقه بنفسه حتى وان كان قادرا عليه ، ولا ينازعه فيه أحد وذلك لخطر الحدود والجنايات والقصائص وعدم الانضباط فيها ، ولذلك اشترط في صحة استيفاء الحق رفع الدعوى به أمام قاض يصح حكمه ويلزم ، وكذا يجب رفع الدعوى ان كان لشخص عند آخر عين وخيف ضرر أو فتنة عند أخذها ممن هي تحت يده .

متى يجوز رفع الدعوى أمام القاضي ؟

ولا يجب رفع الدعوى في الحالات التي يقدر فيها الشخص على أن يأخذ حقه من غيره من غير منازع له بلا ضرر أو فتنة وذلك يتحقق في العين المعينة المستحقة للشخص تحت يد الآخر كما في العارية والوديعة أو الامانة ، والعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الاجارة ، والعين المبيعة بعد تسلم البائع الثمن من المشتري ، ولم ينازع البائع في التسليم .

فان كان الحق يتعلق بدين للشخص على غيره وهذا الغير غير ممتنع من الاداء ولم يماطل طالبه صاحب الحق بدفعه اليه حتى يؤديه ، أما بنفسه واما بدعوى قضائية ، ولكن لا يجوز له عند الانكار والبينة أخذ شئ هو ملك لمن عليه الدين بدلا عن هذا الدين كبديل للاقتضاء حتى وان كان فى مثل الدين وقيمته الا برضى صاحبه وفى هذه الحالة يكون ذلك أى عند الرضا من باب بيع الدين بالعين وذلك جائز شرعا لان الممنوع هو بيع الدين بالدين لكثرة الغرر فيه .

فان كان الدين على منكر وليس هناك بينة لصاحب الدين ليثبت بها حقه قبل الدين على من هو مدين له به جاز له شرعا أخذ جنس حقه من مال ذلك المنكر ان ظفر به لان الانكار وعدم البينه يضيعان على صاحب الحق حقه وهذا مما لا يقره الشارع وهذا يمكن تصوره فى شخص اعطى لشخص قرضا بقيمة محددة من المال ولكن بدون شهود ثم أجحده المدين عند الطلب فهنا يحق للدائن اذا قدر على أن يأخذ مثل حقه من جنسه بأى طريق أو بمثله كان اعطاه المدين السابق مبلغا من المال يساوى ما أخذه قرضا أو وديعة أو جارية أو غير ذلك بدون شهود فله الحبس حتى يعيد اليه المدين حقه كما له التملك ان رفض ارجاع حقه اليه وهذا لا خلاف فيه فى المذهب الشافعى (١) .

---

(١) راجع المحلى على المنهاج وقليوبى وعميرة ٤/٣٣٤،٣٣٥ .

واذا لم يوجد جنس ماله كان من حقه شرعا أن يأخذ مثل حقه من غير جنسه ان فقد ذلك الجنس على المذهب وذلك للضرورة وفى قول من طريق آخر المنع من اخذ الشخص مثل حقه من غير جنسه عند الانكار وانعدام البينة لانه لا يتمكن من تملكه وقد قدمنا ان المذهب هو جواز التملك والاستقلال بالحق بدون الرجوع الى الحاكم أو الادعاء بدعوى قضائية لان الدعوى قد لا يقدر على اثباتها للانكار ولعدم البينة وان كان الحق على مقر به ولكنه ممتنع من آدائه لصاحبه أو كان على منكر ولكن هناك لصاحب الحق بينة بذلك الحق توجب الحق على المنكر وما فى حكمه كالذى لا يقبل اقراره ولا انكاره كالصبى والمجنون وان كان الحق بتلفهما أو غصبهما مثلا كان لصاحب الحق أخذ حقه استقلالا بدون الرجوع الى الحاكم وهذا هو الصحيح فى المذهب الشافعى[1].

وذلك لان رفع الدعوى بحق ثابت عليه بنية أو معترف به مع القدرة على أخذه بدون الرجوع الى الحاكم أو الى الادعاء به أمامه كلفة ومشقة وتضييع زمان بلا فائدة ولا حاجة اليه فجاز شرعا رفع الضرر الناتج عن الكلفة والمشقة ومنع الدعوى الى عدم الرفع أخذ الحق بالطريق المباشر .

وقيل وهو رأى ضعيف بأنه يجب رفع الدعوى للوصول الى الحق أو لأخذه ، وقد سبق أن قلنا بأن الأول هو الصحيح للاسباب التى

---

(١) المحلى على المنهاج ٤/٣٣٥ .

ذكرت فى صحته وقوته .

وبناء على القول الأول الصحيح يجوز لصاحب الحق فى الوصول الى حقه اتخاذ الطريق أو الوسيلة التى تمكنه من الاستيلاء على حقه وعدم تضييعه ولو بكسر باب أو نقب جدار لا يصل للمال الا به ولا ضمان عليه فيما فوته أى أهلكه من مال فى النقب والكسر وما فى حكمها .

واذا كان المأخوذ من جنس ماله تملكه على الفور ، وان كان من غير جنسه باعه استقلالا واقتضى منه حقه بدون رفع دعوى بطلب البيع أو ليبيع له القاضى وهذا هو الصحيح من طريق النووى ، وقيل يجب الرفع فى بيع غير الجنس الى القاضى ليبيعه القاضى على صاحبه ثم يستوفى صاحب الحق حقه من ثمن ما باعه القاضى (١) .

والمأخوذ مضمون على الآخذ فى الاصح وهذا يقضى بأن المأخوذ لو تلف قبل أن يتملكه الآخذ وقبل بيعه كان على ضمانه لان أخذه لغرض نفسه كالمستام والمستام يضمن بالقيمة يوم التلف (٢) .

ومقابل الاصح وهو صحيح ايضا فى المذهب قال لا يضمن الآخذ ما تلف قبل التملك والبيع لان أخذ الاخذ كان للتوثق والتوصل

---

(١) المحلى على المنهاج ٤/٣٣٥ .
(٢) حاشية عميره من نفس المرجع السابق .

بـه الى الحق كالمرتهن ، وأذن الشـرع فى الاخذ يقوم مقـام اذن المالك عليهما [1] .

ولا يأخذ المستحق فوق حقه ان امكن الاقتصار عليـه فـان تعذر على المستحق الحصول على حقه بمقداره فقط فله ان يظفر بأى مال أو متاع لمن عليه الحق ولو زادت قيمته على قيمة الحق المضمون ولا يضمـن الاخذ الزيادة فى الاصح لعذره لان صاحب الحق تعذر عليه الوصول الى حقه بغير هذا الطريق فأصبح طريقا شـرعية .

ولا يضمن الشخص الا اذا تعدى طريق الشارع الذى حدده له للوصول الى حقه ومن ناحية اخرى فان الحق الواجب أداؤه لا يمكن الوصول اليه الا بهذه الزيادة المتصله وأصبحت هدرا على صاحبهـا لانه هو المتسبب فى هلاكها بعدم ايصال الحـق الاصلى الى صاحبه وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فكان وصول الشخص الى حقه بهـذا الطريق لا يتعارض مع ماقررته قواعد الفقه والاصول الشرعيـة [2] .

وعلى هذا القول وهو عدم ضمان الزيادة على الحق يصبح مـن حق الآخذ بيع المقدار الذى يكفى حقه للاستيفاء منه ان امكـن بتجزئة المأخـوذ ، فاذا لم يمكن التجزئة باع الكل واستوفى حقـه منه والباقى من الثمن يرده الى صاحبه بهبة أو هدية أو بأى طريـق

---

(١) المحلى على المنهاج ٣٣٥/٤ .
(٢) أنظر المحلى على المنهاج ٣٣٥/٤ .

آخر بدون أخذ مقابل ، لان هذه الزيادة ليست من حقه دائما بل هى من حق المأخوذ منه المال ، وهذا هو المعتمد فى المذهب[1].

ومقابل الاصح يجوز للشخص عند تعذر الاستيلاء على الحق نفسه بدون زيادة عليه أخذ الحق مع هذه الزيادة ، ولكن مع ضمان هذه الزيادة على الاخذ لصاحبها وهو المأخوذ منه لان الزيادة له لا للاخذ وكل مال ليس مملوكا للشخص فهو مضمون عليه من وقت اخذه ان كان يقتضى الضمان وهذا يقتضى الضمان ، لان صاحبه لم يأذن بأخذه حتى تقول بعدم الضمان لان الفرض أن الآخذ أخذه وظفر به بغير اذن الاخذ وليس من المعقول ان نجعل مال الآخذ مضمونا على المأخوذ منه ولا نجعل مال المأخوذ منه مضمونا على الآخذ لان فى هذا تفرقه بدون مسوغ شرعى مقبول .

وقد سبق أن بين صاحب القول الأول الأصح وجهة نظره بأن المسوغ الشرعى فى الاخذ مقبول وبأن الوصول الى الحق غير ممكن بغير هذه الطريقة ، وان اهدار الحق على صاحبه غير مباح شرعا فرخص لصاحب الحق فى الوصول الى حقه ولو مع جزء من مال من عنده الحق اذا كان لا يمكن الاستيفاء الا بذلك لان الأمر بالنسبة للآخذ كالمضطر المعذور وان المأخوذ منه بامتناعه عن

---

(١) قليوبى ٤/٣٣٥ .

من اعطاء الحق لصاحبه هو كان سببا في هذا التعدى على مال نفسه من صاحب الحق الأصلي فأصبح الامر هدرا بالنسبة له وهذا ما اعتمده الشيخ القليوبي كما سبق القول (١) .

وللشخص أخذ مال غريم غريمه ، كأن يكون لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله ، فلزيد أن يأخذ من مال بكر ما له على عمرو ، ولا يمنع من ذلك شرعا رد عمرو واقرار بكر لهذا الرد كما لا يمنع الأخذ جحود بكر استحقاق زيد على عمرو ، اذا كانت البينة بالحق موجودة عند الأخذ (٢).

* * *

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المحلى على المنهاج ٣٣٦/٤ .

" المبحث الثالث "

التفريق بين المدعى والمدعى عليه

المدعى من يخالف قوله الظاهر والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر وهذا هو الأظهر فى المذهب .

والثانى من أقوال الامام الشافعى رضى الله عنه والمقابل للأظهر وهو الظاهر يفرق بين المدعى والمدعى عليه بأن المدعى هو من لو سكت عن الدعوى خلى سبيله ولم يطالب شئ ، والمدعى عليه من لا يخلى سبيله بعد الادعاء عليه ولا يكفيه السكوت بعد الادعاء بل المراعى سكوت المدعى أو تنازله عن الدعوى أو عجزه عن البينه عند الاجابة عن الدعوى أو احضار المدعى عليه بينة العكس حتى يخلى سبيله والمدعى لا يلزمه شئ من ذلك لاخلاء سبيله من الدعوى بل يكفيه السكوت عنها فقط وعدم تحريك الدعوى أو الادعاء امام جهة الحكم أو القضاء .

فمثلا لو طالب كبر عليا بدين فى ذمته أو عين فى يده فأنكر على الدين أو العين وقال على لبكر فى الدين لست مدينا لك وفى العين هذه العين ليست لك بل هى ملكى أو ملك فلان وسكت بكر ولم يعترض على على فى قوله السابق خلى سبيل بكر ولا نلزمه باثبات مدعاه لان قوله قد أصبح مخالفا للظاهر والظاهر براءة على

مما ادعاه عليه المدعى ، أما على لو سكت فانه لا يترك ولا يخلى سبيله لان قوله يوافق الظاهر فهو مدعى عليه [1] ، ولكن بشرط ثبوت المدعى على مدعاه واستمراره فى تحريك الدعوى .

واذا كان الفرق بين الاظهر والظاهر فى معرفة المدعى والمدعى عليه لا يختلف موجبه لما فى العادة والغالب بالنسبة لها لوضوح الفرق ولعدم تداخلهما فانه فى حالة اختلاف الموجب يظهر الاختلاف بين القولين الاظهر والظاهر من حيث الاثر المترتب على الحكم بهما بالنسبة للمدعى والمدعى عليه ..

والتطبيق العملى على ذلك هو دعوى النكاح واستمرارها بين الزوجين قبل الاسلام وبعده ، ومثالها ما اذا اسلم زوجان قبل الدخول والوطء وقال الزوج اسلمنا معا فالنكاح باق وقالت الزوجة اسلمنا مرتبا فلا نكاح ، فالزوج مدع على الاظهر لان ما قاله خلاف الظاهر وهى مدعى عليها لان قولها يوافق الظاهر [2] ، وعلى الثانى هى مدعيه وهو مدعى عليه لانها لو سكتت تركت [3] وهو لا يترك [4].

---

(١) المحلى على المنهاج ٤/٣٣٥ .

(٢) الظاهر قبل الادعاء هو عدم الاسلام وهذا الظاهر معها عند الانكار وهى منكره بالطبع .

(٣) أى تركت مع الزوج ولم يفرق بينهما لانها زوجة صحيحة لصحة العقد باسلامهما معا .

(٤) أى يفرق بينه وبين الزوجه ولو جبرا .

لو سكت لزمها انفصام النكاح فعلى الأول الاظهر وهو ان الزوج هو المدعى تحلف المرأة لانها مدعى عليها فاليمين من حقها عند عدم البينة كما سيأتى بيانه فى البينات ، فلها أن تحلف ويرتفع النكاح ، وعلى الثانى وهو ان المدعى هو الزوجة يحلف الزوج لانه هو المدعى عليه اذا عجزت المرأة عن البينة التى تكذب قول الزوج بأن الاسلام كان قريبا وبأنهما لم يسلما معا ، واذا حلف الزوج يستمر النكاح ويحكم له بالاستمرار والتمكين من الزوجة (١) .

ادعاء النقد :

ويشترط فى ادعاء النقد بيان جنسه ونوعه وقدره وصفة صحته وتكسرا ان اختلفت بها ـ أى الصحيح والمكسر ـ قيمته .

ادعاء العين :

ويشترط فى ادعاء العين أن تكون منضبطه سواء كانت مثلية أو متقومة والمثلية تتحقق فيما له مثل والمثلى يتحقق فى المكيلات والموزونات والمعدودات فيما يكال أو يوزن أو يعد .

والقيميات فى غير ما سبق والقيمى هو ما يقوم بغيره ، ولا ينضبط بنفسه كالحيوان (٢) .

---

(١) المحلى على المنهاج ٣٣٥/٤ .

(٢) المرجع السابق .

والصحيح فى ادعاء العين هو بيان وصفها وصفا يتطلبـــه السـلم فقط وليس يلازم ذكر القيمة ان كانت العين موجودة ، وقيـل يجب ذكر القيمة [1] مع العين .

فان كانت العين غير موجودة بأن كانت تالفة وهى متقومة وجب ذكر قيمتها فى الدعوى لان القيمة هى الواجبة الاداء لا نفس العـين لتلفها وكل ماوجب اداؤه وجب بيانه ليمكن الحكـم به وبالزامـــه والا لكان فى حكم الادعاء بالمجهول وهو لا يصح الا فى الوصيــــة للضـــرورة كما سبق القـــول .

فان كانت العين المدعى بها مثلية أى لها مثل فلا يجب ذكر قيمتها عند الادعاء بها مع هلاكها لانها تنضبط بالصفات والانضباط كاف لمعرفة القيمة من مثيلاتها مما هو موجود وقت الحكم بالضمـان وذلك امره بسيط يقدر عليه القاضى وغيره من أهل الخبره فيؤدى الحكم بالقيمة الى النزاع المستمر بين المدعى والمدعى عليه فى الغالـــب والعادة .

دعـوى النـكاح :

اذا ادعى نكاحا لم يكف الاطلاق على الاصح بل لابد لصحة الدعوى من قول المدعى فى دعواه ، نكحتها أى تزوجت زوجـــتى

---

(١) المحلى على المنهاج ٤/٣٣٥ .

المدعى عليها بولى رشد وشاهدى عدل ورضاها ان كان يشترط الرضاء سواء كان ذلك صراحة أو ضمنا حسب ماهو موضح فى بابه ومكانه من مباحث النكاح .

ومقابل الاصح يكفى فى دعوى النكاح الاطلاق كالمال وعلى هذا يصح فى دعوى النكاح ان يقول المدعى فى دعواه نكحتها بنكاح صحيح أو بنكاح شرعى ،أو ادعى على زوجتى بكذا أو غير ذلك .

الادعاء فى العقود المالية :

واذا ادعى الرجل عقدا ماليا كبيع وهبه كفى الاطلاق فى الاصح لكن بشرط بيان صحة العقد شرعا لان العقد الفاسد أو الباطل لا يصح الحكم بالالتزام به شرعا .

هذا لا يكفى لصحة دعوى عقد البيع أن يقول المدعى فى دعواه باعنى فلان كذا بيعا صحيحا أو اشتريت منه كذا أو بعته بيعا صحيحا فى كذا ويعتبر هذا الادعاء كاف فى صحة الدعوى للنظر فيها وفى موجبها امام القاضى (١) .

ومقابل الاصح لا يكفى الاطلاق فى الدعوى فى دعوى العقد المالى بل لابد من التفصيل بأن يقول فى البيع تعاقدنا بثمن معلوم وثمن جائز التصرف وتفرقنا عن تراض (٢) .

---

(١) ، (٢) المحلى على المنهاج ٣٣٦/٤ ومابعدها .

دعوى الدين :

يشترط لصحة دعوى المطالبة بالدين أن يكون الدين ثابتا على المدعى عليه ، وحالا على الاصح فى المذهب الشافعى ،لأن دعوى المؤجل لا يتعلق بها الزام فى الحال والأصل فى الدعوى القضائية انها للالزام فى الحال .

والثانى : وهو مقابل الاصح وهو صحيح أيضا فى المذهب ويمكن العمل به تسمع الدعوى بالدين المؤجل اذا كان الغرض منها اثبات ذلك الدين[1] .

والقول الثالث : وهو المقابل للصحيح فى هذه القضية يقول : ان كان للمدعى بالدين غير الحال بينة تسمع لغرض التسجيل أى لتسجيل بينته امام القضاء للحكم بها عند اللزوم ، فان لم تكن هناك بينة للمدعى فى دعواه الدين المؤجل لم تسمع ، لأن الدعوى تسمع غير ذات قيمة بالنسبة للمدعى لانها تفيده شيئا ولا تلزم المدعى عليه بالحضور والاجابه عما يدعى لان المدين بالدين المؤجل غير ملزم الاداء الا عند حلول الدين[2].

---

(١) ويتصور ذلك فى الدين ليس لصاحبه بينة به فى يده ولكن المدين لا ينكر الحق ويريد الدائن أن يؤكد ذلك الاعتراف وعدم الانكار امام القاضى ليكون بينة عند اللزوم .

(٢) المرجع السابق .

ولكن هذا القول الثالث يضعفه سند الأول وهو ان دعوى المؤجل لا يتعلق بها التزام فى الحال . وسند الثانى وذلك يفسره بكل ما يبين به الحق ويظهر وهذا قد يتحقق للقاضى من اعتراف من عليه الحق ، وقد يتحقق من قرائن أخرى مرجحة ، وأنه عند الاخذ بهذا الطريق قد يضيع الحق على صاحبه عند المطالبة به لعدم وجود من عليه الحق أصلا ، والذى لا يعرف الحق الا من جهته حيث لا بينة بالمعنى الاصطلاحى الدقيق فكان هذا الطريق وهو رفع الدعوى على المدين لاثبات الدين المؤجل لا للمطالبة به قبل حلول أجله ، يعتبر طريقا شرعيا صحيحا لان الحق قد لا يصل اليصاحبه الا به ، فوجب اعتباره والأخذ به عند المطالبة به شرعا .

* * *

" القسم الثالث "

((طرق الاثبات القضائية))

تمهيد :

طرق أو وسائل الاثبات التى يعتمد عليها القاضى فى بناء أحكامه القضائية للقضايا التى يطرحها الخصوم امامه للحكم فيها وانهاء النزاع بينهم فى الفقه الشافعى هى : الاقرار ، البينه واليمين مع الشاهد الواحد واليمين المردودة .

المبحث الأول

الاقـــرار

تعريف الاقرار :

الاقرار لغة الثبوت من قر اذا ثبت ومعنى ذلك الاعتراف وترك الانكار مأخوذ من قولهم فى اللغة قر فلان بهذا المكان بمعنى أنه توقف فيه ولم يرتحل عنه ، ومن قولهم قر الماء أى انتهى الى هذا المكان واستقر جريانه فيه (١) ، ومن هذا المعنى اللغوى أخذ التعريف الاصطلاحى الشرعى وهو : اخبار من يصح أخباره بحق لغيره عليه .

---

(١) النظم المستعذب ص ٢٤٣ ، والسراج ص ٢٥٤ .

شـــروط الاقـــرار :

ويشـــترط فى الاقرار واعتباره لصحة بناء الاحكام الشرعية عليه والزامها بالنسبة للمقرعدة شروط لابد من توافرها فى المقر وهى :

١ ــ البلـــوغ .

٢ ــ العقـــل .

٣ ــ الاختيـــار .

وبناء على ذلك فلا يصـح اقرار الصبى ولا المجنون ، ولا المكره لقوله صلى الله عليه وسـلم : " رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حـتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق " ولقوله عليه الصلاة والسلام : " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .. " .

اقـرار المكره :

واقرار المكره - بفتح الراء - لا يصح بلا خلاف كما لا يصح بيعه ولقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليـه .

اقـرار السـفيه :

واقرار السـفيه وهو المحجور عليه ماليا لسفهه ، ان كان فى حد أو قصاص صح منه لانه غير متهم فى ذلك لمصلحة تعود عليـه .

واما ان كان اقراره يتعلق به حق مالى لغيره عليه فان كـان بدين لزمه قبل الحجز لزمه الاقرار فى حقه بلا خلاف وفى حق الغرماء ايضا على الصحيح لانه حق مستند ثبوته الى ماقبل الحجز فلزم فـى حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة ، وقيل لا يصح الاقرار فى حق الغرماء ولا يلزمهم لان المقر متهم فى اقراره لانه ربما واطأ المقر له ليأخـذ ما أقر بـه ثم يرده عليه [1] ، وحكم اقرار السفيه بالعين يأخذ حكم الاقرار بالدين والصحيح هو صحـة الاقـرار .

وان كان اقرار السـفيه بحق لغيره عليه بعد الحجر ، فان كان فى مال لا يصح بلا خلاف سـواء كان دينا أو عينا وعلى هذا لا يقبل اقراره بالمال كالصبى والمجنون ، ولانا لوا قلنا بصحة اقراره بالاقـرار

---

(١) المهـذب ٣٢١/١ ، ٣٢٢ .

لأدى الى ابطال معنى الحجر ويسرى مضمون هذا الحجر بعد رفع الحجر عنه لان — القاعدة فى ذلك هى انه : (كل مالا يلزمه بالاقرار والابتياع لا يلزمه اذا فك الحجر عنه) لان اسقطنا حكم الاقرار والابتياع لحفظ المال فلو قلنا انه يلزمه اذا فك عنه الحجر لم يؤثر فى حفظ المال .

وان كان اقرار السفيه بطلاق ، أو رجعة أو خلعه صح منه الاقرار لان قبلنا هذه الامور بنفسه مع الحجر عليه فصح اقراره فيها لان الحجر لحفظ المال والطلاق لا يضيع المال بل قد يتوفر عليه ، واذا صح الطلاق فالخلع من باب أولى لان الخلع بمال يدفع اليه والحجر فيما يدفع لا فيما يأخذ .

وان كان اقرار السفيه يتعلق بحف النسب ثبت لانه حق ليس بمال فقبل اقراره فيه كالحد حفظا لحق الولد من الضياع ، وينفق على الولد من بيت المال لان المقر محجور عليه فى المال فلا ينفق عليه منه .

اقرار المريض :

يقبل اقراره فى المرض الذى لا يؤثر على عقله فى الحد والقصاص مطلقا أى سواء كان ذلك فى مرض موت أو فى غيره لانه غير متهم فى ذلك واما — الاقرار بالمال فان كان لغير وارث قبل مطلقا لأنه

غير متهم فى حق نفسه لان الاقرار لغير الوارث حق له قد يتعلق بدين وذمته لا تبرأ منه بادائه أو بالابراء منه فوجب عليه ذلك ولزمه الاقرار لقوله تعالى فى خطاب المكلفين : " كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم "[1] ، ولقوله : (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يملل هو فليملل وليه بالعدل)[2] الاملال هو الاقرار[3] .

واما اقرار المريض بالمال للوارث فلايصح لانه متهم فى هذا الاقرار بالتمييز لبعض الورثة دون بعض ولان الاقرار قد يكون من تأثير وبايعاز من لصالحه الاقرار فلهذا لم يصح اقراره حفظا لحق جميع الورثة . وفى قول آخر وصححه صاحب المهذب : وقال الصحيح يصح كما يصح للاجنبى .

واذا قلنا بصحة اقرار المريض بالمال لغير الوارث فان أقر لرجلين بدينين لكل منهما معا ، أحدهما فى الصحة والآخر فى حالة المرض وضاق المال عنهما قسم بينهما على قدر الدينين لانهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال فلا يقدم أحدهما على الآخر[5] .

---

(١) سورة النساء الآية ١٣٥ .
(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .
(٣) المهذب ٢ / ٣٤٣ .
(٤) المرجع السابق .
(٥) المرجع السابق .

المبحث الثاني

(الأحكام العامة للاقرار)

١ - يصح الاقرار لكل من يثبت له الحق المقر به سواء كان لله أو لادمي وسواء كان الحق لشخص طبيعي ، أو لشخص معنوي كالمستشفيات أو الملاجئ والشركات وبيت المال على الصحيح المعتمد .

٢ - الاقرار بالمال لحمل مستكن متيقن صحيح ويعمل بمقتضاه ويكون ملزما للمقر في حقه وفي حق غيره بلاخلاف ان كان وارث أوصاحب وصية وبأي سبب آخر يتعلق به المال على الصحيح المعتمد في المذهب (1) .

٣ - اذا اقر الشخص بحق لادمي أو بحق لله تعالى لا يسقط بالشبهه كالزكاة والكفارة ثم رجع في اقراره لم يقبل رجوعه عنه لان بالاقرار حق ثبت لغيره يجب أداؤه فلم يملك المقر لذلك اسقاطه بغير رضاء المقر له .

فان كان الرجوع عن الاقرار في حق لله يسقط بالشبهه كالحدود قبل الرجوع وسقط الاقرار من حيث الحد المتعلق بحق الله وهذا يشمل كل الحدود ماعدا حد القذف لان حق الادمي فيه اغلب عند الشافعية لان التحريض بالرجوع عن الحد

---

(1) المهذب ٢/٣٤٤ ، ٣٤٥ .

حتى من القاضى أو الحاكم مندوب اليه لحديث الزانى الذى أقر أمام النبى بالزنا فعرض له بالرجوع ومازال يرده أربع مرات وبعد المرة الرابعة أمر باقامة الحد عليه بعد أن تثبت من صحة عقله واقراره كما فى خبر ماعز . وأما السرقة وقطع الطريق فقد استدل للرجوع فيهما بما رواه أبو أمية المخزومى (ان النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أخالك سرقت ؟ فقال له مرتين أو ثلاثة ثم أمر بقطعه) فلو لم يقبل فيه الرجوع لما عرض له النبى صلى الله عليه وسلم بالرجوع ويجوز قبول الرجوع عن الاقرار بالحد لله حتى بعد الحكم به بل وعند تنفيذه وأثنائه ويعمل بمقتضاه وهو اسقاط الحد عنه كله أو بعضه . ولكن لو نفذ الحد بدون النظر الى هذا الرجوع جاز كما فى حديث ماعز لانه قد ثبت انه رجع ولم يرجع الصحابة عن تنفيذه الحد وأقر النبى صلى الله عليه وسلم ذلك ولم يحكم عليهم بالتعدى لنطاق تنفيذ الحد . فقد روى الزهرى عن جابر انه قال : (كنت فيمن رجم ماعز فرجمناه فى المصلى بالمدينة فلما أذلقته الحجارة تحجز حتى أدركناه بالحرة فرجمناه حتى مات) ولم يضمنهم النبى صلى الله عليه وسلم .

تكذيب المقر له للمقر :

٤ — واذا أقر شخص لاخر بمال في يده فكذبه المقر له بطل الاقرار لانه رده بلا خلاف وفي المال وجهان :

أحدهما : انه يؤخذ منه ويحفظ لانه لا يدعيه لنفسه والمقر له لا يدعيه فوجب على الامام حفظه كالمال الضائع .

والثاني : أنه لا يؤخذ من المقر المال لانه محكوم بملكيته اليه بوضع اليد ، فاذا يقره على هذا الملك الاصلى .

٥ — واذا اقر الزوج ان امرأته هي اخته من الرضاع وكذبته المرأة قبل قوله في فسخ النكاح لانه اقرار في حق نفسه ولكن لا يقبل اقراره في اسقاط مهرها لان قوله هذا يقبل في حق نفسه لا في حق غيره .

أما اذا أقرت المرأة بأن زوجها اخوها من الرضاع وأنكر الزوج لم يقبل قولها في فسخ النكاح لانه اقرار في حق غيرها ، أما المهر فيقبل قولها فيه بالاسقاط لانه اقرار في حق نفسها (١) .

الاقرار بما يحتمل التأويل أو التفسير :

٦ — اذا اقر شخص لاخر بمبهم كان قال بأن لفلان على شيء صح

---

(١) المهذب ٣٤٦/٣ .

الاقرار منه ولزمه وطولب بالتفسير فان امتنع عن التفسير جعل ناكلاوردت اليمين على المدعى وقضى له بما يدعيه لانه كالساكت عن جواب المدعى . وفى قول آخر لا يحكم بامتناع المقر عن التفسير وانما يجب حبسه حتى يقر لانه قد اقر بالحق وامتنع من ادائه .

٧ — اذا قال انسان : أقر بأن لفلان على مال صح تفسيره بما يطلق عليه أنه مال محترم سواء كان قليلا أو كثيرا حتى وان وصفه بأنه مال عظيم لان مامن مال الا وهو عظيم وكثير بالاضافة الى مادونه أو بالنسبة للمقر نفسه لفقره أو لقلة ماله .

٨ — واذا أقر بما يقبل العدد قبل تفسيره بأقل الجمع وهو ثلاثة فلو قال انسان مثلا على لفلان دنانير لزمه ثلاثة دنانير لانه اقل الجمع . فان قال على له من الدنانير مابين واحد الى عشره لزمه ثمانية لان مابينهما ثمانية وذلك بطرح الواحد والعشره وهما اثنان فتبقى ثمانية .

فان قال على من واحد الى عشره ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان لايدخلان فى الاقرار .

والثانى : يلزمه فقط تسعة لان الواحد يلزمه لانه أول العدد ولا يسقط عنه الا العاشر لانه الحد الذى انتهى اليه الاقرار .

٩ — واذا قال على كذا رجع فى التفسير اليه فان قال له على كذا درهم لزمه درهم واحد فقط لانه قدر المبهم بالدرهم وهو الصحيح .

١٠ — وان قال له على ألف قبل منه البيان والتفسير بأى جنس من المال وبأى نوع وان فسره باجناس قبل منه كذلك لانه يحتمل الجمع فان قال له على ألف ودرهم لزمه درهم ورجع فى تفسيره الالف اليه (١) .

١١ — وان قال شخص لفلان على ألف دينار ثم أحضر الالف وقال هى التى اقررت بها وهى وديعة فى يدى فقال له هذه وديعة فى يده وهى غير الالف التى اقر بها لانها دين عليه ، ففى قبول هذا التفسير قولان :

احدهما : لا يقبل هذا التفسير لان قوله على اخبار عن حق واجب عليه فاذا فسره بالوديعة فقد فسره بما لا يجب عليه فلم يقبل .

والثانى : يقبل لان الوديعة عليه ردها أو قد يجب عليه ضمانها اذا تلفت .

١٢ — وان قال انسان فى اقراره هذه الدار لزيد بل لعمر أو قال

---

(١) أنظر المهذب ٢/٣٤٧ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩ .

غصبتها من زيد لا بل من عمر حكم بها للاول وهو زيد لأنه اقر بها ولا يقبل قوله الثانى لانه رجوع عن الاقرار للاول وهو لا يصح ولكن يلزمه قيمة العين للثانى على الصحيح لانه حال بينه وبين ماله فلزمه ضمانه •

الاقرار بالنسب على النفس :

١٣ — واذا أقر رجل على نفسه بنسب مجهول النسب يمكن ان يكون منه وكان هذا المستلحق صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لانه أقر بحق لغيره يصح فثبت بشرط ألا يكذبه الحس ولا الشرع •

ولو بلغ الصبى أو افاق المجنون وانكر النسب لم يسقط النسب لانه نسب حكم بصحته وثبوته فلم يسقط برده •

فان كان المقر له بالنسب بالغا عاقلا اشترط فى صحة الاقرار وثبوت النسب عدة شروط وهى الا يكذبه الحس بأن يولد مثله لمثله والا يكذبه الشرع بالا يكون معروف النسب من غيره • وان يصدقه المقر له بالنسب • فان كذبه لم يثبت النسب الا بينة[1] فاذا استلحقه اثنان ثبت النسب لمن يصدقه المقر له بالنسب لان الحق حقه[2]

---

(١) المنهاج والسراج ص ٢٦١ • والمهذب ٢ / ٣٥١ •
(٢) نظرية الدعوى للاثبات للمؤلف ص ٤٢ •

١٤ ـ واذا كان المقر له بالنسب ميتا فان كان صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لانه يقبل اقراره به اذا كان حيا وان كان بالغا عاقلا ففيه وجهان :

أحدهما : وهو الأصح عند النووى والصحيح عند الشيرازى لأن الميت ليس له قول فكان حكمه حكم الصبى والمجنون

والثانى : لا يثبت لان نسب البالغ لا يثبت الا بتصديقه والتصديق لا يتحقق بعد الموت لانه معدوم *

١٥ ـ واذا أقر بنسب بالغ عاقل ثم رجع عن الاقرار وصدقه المقر له فى هذا الرجوع فلا يسقط فى قول لان النسب اذا ثبت لا يسقط بالاتفاق على نفيه وفى قول آخر يسقط النسب كما اذا أقر له بمال ثم رجع عنه وصدقه المقر له حيث يسقط المال[1].

الاقرار بالنسب على الغير :

والاقرار بالنسب على الغير يصح كما يصح الاقرار به لنسبه ولكن بشروط وهى : كون الملحق به ميتا والا يكون قد نفاه فى حياته وان يصدق المقر له المقر ان كان بالغا عاقلا وفى جميع الحالات يشترط الا يكذب الحس أو الشرع فى هذا الاقرار وان يرث المقر له المقر عليه لو ثبت النسب[2]. وبناء على ذلك يمكن الحكم بالاتى :ـ

(١) المرجع السابق ص ٥٤٣

(٢) المرجع السابق ٠

١٦ - اذا مات رجل وترك ابنا فأقر هذا الابن على أبيه بنسب لو أقر به الاب لو كان حيا لحقه وورثه ولم يثبت انه نفاه فى حياته ثبت - النسب بهذا الاقرار وذلك لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : (اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ابن أمة زمعة فقال سعد أوصانى أخى عتبة اذا قدمت مكة ان انظر الى ابن أمة زمعة وأقبضه فانه ابنه ، وقال عبد بن زمعة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر) [1] .

١٧ - واذا مات رجل وخلف ابنين فأقر أحدهما بنسب ثالث بأنه أخوه من أبيه الميت وأنكر الابن الاخر هذا النسب ولا بينة للأول لم يثبت لأن النسب لا يتبعض فاذا لم يثبت فى حق أحدهما لم يثبت فى حق الاخر ، ولا يشاركهما فى الميراث لأن الميراث فرع عن النسب والنسب لم يثبت فلم يثبت الارث . واذا استمر المقر على اقراره الى أن مات المنكر وليس لهذا المجهول وارث الا هذا المقر يثبت النسب [2] .

---

(١) المهذب ٢/٣٥٢ . ونظرية الدعوى والاثبات ص ٥٤٣ .

(٢) السراج ص ٢٦٢ . ونظرية الدعوى والاثبات ص ٥٤٣ .

١٨ - واذا أقر أحد الابنين بزوجة لأبيه وأنكر الاخر ففيه وجهان :
أحدهما : لاتشارك الزوجة بمقتضى هذا الاقرار المقر فى حصته لانكار الاخر كما فى انكاره نسب الابن من أحدهما
والثانى : انها تشارك بحصتها من حق المقر لأن المقر به حقها من الارث لان الزوجية زالت بالموت[1] .

١٩ - واذا مات وترك بنتا فأقر بنسب أخ لها من أبيها الميت بالشروط السابقة لم يثبت ولأنها لاترث المال جميعه فان أقر معها الامام ففيه وجهان :
أحدهما : يثبت النسب لان الامام نافذ الاقرار فى مال بيت المال .
الثانى : لايثبت لانه لايملك المال بالارث وانما يملكه المسلمون وهم يتعينون فلم يثبت النسب .

٢٠ - وان مات رجل وخلف ابنين عاقلا ومجنونا فأقر العاقل بنسب ابن ثالث لم يثبت النسب لانه لم يوجد الاقرار من جميع الورثة . فان مات المجنون قبل الافاقة وكان له وارث غير الأخ المقر قام وارثه مقامه فى الاقرار ، وان لم يكن له وارث غيره ثبت النسب .

٢١ - وان مات وترك ابنا وارثا فأقر بابن آخر بالغ عاقل وصدقه المقر له ثم أقر الاثنان بثالث ثبت نسب الثالث ان صدقهما بلا خلاف فان صدق أحدهما فقط ونفى الاخر فعلى الأظهر

(١) المراجع السابقة .

يسقط نسب هذا الاخر لانه ابن باقرار الاثنين وقد اتـفق أحدهما بنفس الثالث منهمـا وهذا صحيح ٠
ومقابل الأظهر لا ينفى نسبه لان الاول الذى أقر أصل والثانى فرع ولا ينقض الاصل بالفرع ٠

٢٢ - وان أقر الابن الوارث بأخوين فى وقت واحد فصدق كـل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وميراثهما ٠ فان كـذب كل منهما صاحبه لم يثبت نسب واحد منهما ٠ وان صـدق أحدهما صاحبه وكذبه الاخر ثبت نسب المصدق دون المكذب ما لم يكن الاخوان المقر لهما بالنسب توأمين حيث يثبـت الاقرار لأحدهما بالنسب وتصديقه النسب للاخر وان كـذب المقر أو لم يعترف المقر الا بأحدهما وذلك لان تكـذيب أحدهما لا يؤثر فى اسقاط النسب عنه لان التوأمين لا يفترقان ومايثبت لاحدهما يثبت للاخر (١) ٠

---

(١) راجع المهذب ٢٥٢/٢ والسراج مع المنهج ص٢٥٤-٢٦٢ والتنبيه مع مقصد البينة ص١٥٦-١٥٨ والمنهج ص١٠٥-١٠٩ ٠

المبحث الثالث

الطريق الثاني من طرق الاثبات (البينة)

تعريف البينة : المراد بالبينة هي الشهادة . والشهادة تعرف بأنها خبر قاطع بما شاهد الانسان وعاين بنفسه أو ما علم واستفاض من طريق غيره .

وهذا التعريف الاصطلاحي مبني على المعنى اللغوي أخذ من قولهم شهد الرجل المكان وشهد الجندي الحرب أي حضر كل منهما المكان والحرب ولذلك كانت المشاهدة هي المعاينة مع الحضور . وقد يكون المراد بالشهادة العلم بما استفاض أخذ من قول الله سبحانه وتعالى : (شهد الله انه لا اله الا هو .. الآية)[1] أي علم وبين كان الشاهدين ما يوجب حكم الحاكم[2] .

حكم تحمل الشهادة وأدائها :

تحمل الشهادة وأداؤها فرض على كل انسان على سبيل الكفاية لقوله تعالى : (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا)[3] وقوله : (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه)[4] . وقال ابن عباس رضي الله عنه : " من الكبائر كتمان الشهادة " أخذ من قول الله : (ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وانما كانت على طريق الكفاية ولا العين لان المقصود بها حفظ الحقوق وذلك يحصل ببعضهم : ومع أن الاصل هو الكفاية الا انها قد تكون فرض عين وذلك اذا كان الشخص

---

(١) سورة آل عمران الآية ١٨ .

(٢) النظم المستعذب ٣٤٣/٢ والسراج ص٦٠٣ والمهذب ٣٢٣/٢ والمنهاج مع السراج ص٦١٠ .

(٣) البقرة الآية ٢٨٢ .

(٤) نفس السورة والآية السابقة .

فى موضع لا يوجد فيه غيره أو لا يصلح للشهادة الا هو لانها تعينت فى حقه لأداء الحق وبيانه ولو تخلف عن تحملها وأدائها كان كمن تخلف عن فرض عينى عليه كالصلاة والزكاة يجبر على أدائه ويعاقب على تركه حتى لا تضيع الحقوق بين الناس[1] .

حكم الاشهاد على الحقوق والعقود :

الاشهاد على الحقوق والعقود أصلا مستحب وغير واجب الا فى عقود وردت على سبيل الاستثناء لخطورة شأنها بين الناس وهى عقود النكاح والرجعة ، ومعنى وجوب الاشهاد عليها أنها لو تمت بدون الشهادة كانت فاسدة ولا يترتب عليها آثارها الشرعية واذا تم دخول فى النكاح كان فى معنى السفاح ووجب التفريق بين الزوجين بالقوة .

وما عدا ذلك من العقود كالبيع والاجارة وغيرهما فالمستحب أن يشهد عليه لقوله تعالى : (واشهدوا اذا تبايعتم)[2] والامر مصروف الى الاستحباب أخذا من قوله فى آخر الاية : (فان امن بعضكم بعضا فليؤدى الذى اؤتمن امانته وليتق الله ربه) ، ولما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ابتاع من أعرابى فرسا فجحده ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم من يشهد لى فقال خزيمة بن ثابت الانصارى أنا أشهد لك قال لم تشهد ولم تحضر فقال : نصدقك على اخبار السماء ولا نصدقك على اخبار الأرض فسماه النبى صلى الله عليه وسلم ذا الشهادتين[3] .

---

(١) المراجع السابقة ، وراجع لنا نظرية الدعوى والاثبات ص ٤٩ ومابعدها .
(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .
(٣) المرجع السابق ، والمهذب ٢ / ٣٤٣ ومابعدها .

هل يجوز أخذ الأجرة على الشهادة :

ولا يجوز لمن تعين عليه اداء الشهادة ان يأخذ عليها أجـره لأنها فرض قد تعين عليه فلم يجز أن يأخذ عليه أجره كسائر الفرائض العينية أما من لم تتعين عليه الشهادة ففى أخذه الاجرة خلاف على وجهين :

أحدهما : يجوز لأنها غير متعينة عليه وكل من لم يتعين على الانسان اذا طلب منه فعله جاز له أن يأخذ فى مقابله أجرا كما يجوز كتابة الوثيقة والشهادة عند عدم تعينها كالوثيقة .

والثـانى : لايجوز أخذ الأجرة على الشهادة مطلقـا لأن الاجرة تلحق التهمة بالشاهد والشرط فى صحة الشهادة العدالة والبعد عـن التهمة (1) .

شـروط الشـاهد :

وفى جميع الأحوال يشترط فى الشاهد الذى يتحمل الشهادة ويجب الحكم بمقتضاها أو الاخذ بها عدة شروط لابد من توافرهـا جميعـا وهـى :

١ ـ الحريـة .

٢ ـ التكليـف .

٣ ـ العدالـة .

---

(١) المهذب ٢/٣٤٣ ، ٣٢٤ .

٤ - القدرة على تحمل الشهادة وأدائها (١) .

١ - التكليف والقدرة على التحمل والأداء :

ودليل التكليف قول الله سبحانه وتعالى : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجلين وامرأتان (٢) وبناء على ذلك لاتقبل شهادة الصبى ولا المجنون لحديث رفع التكليف عنهما) ولأنه اذا لم يؤتمنا على أموالهما فلان لا يؤتمن كل منهما على حفظ حقوق غيره أولى .

والمغفل :

وهو الغافل الذى يكثر منه الغلط دائما أو غالبا فى حكم ما سبق فى عدم قبولها أى شهادته لأنه لا يؤمن أن يغلط فى شهادته فيضيع الحق المشهود عليه أو يغيره أما من يقل منه الغلط فتقبل شهادته لأن أحد منا لا ينفك عن الغلط لأن هذا من طبيعة البشر .

شهادة الأخرس :

وفى قبول شهادة الأخرس خلاف على وجهين :
أحدهما : تقبل لان اشارته كعبارة الناطق فى نكاحه وطلاقه

---

(١) المنهاج مع السراج ص٦٠٣ والمنهج ٢٥٦ . ونظرية الدعوى والاثبات للمؤلف ص ٥٥ ومابعدها .
(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

فكذلك فى الشهادة •

الثانى : لاتقبل لأن اشارة الأخرس أقيمت مقام عبارته فى موضع الضرورة فقط وهو النكاح والطلاق لانها لاتستفاد الا من جهته ولا ضرورة هنا الى شهادته لانها تصح من غيره بالنطق فلا يجوز باشارته وهذا هو الصحيح فى المذهب(١).

شهادة الأعمى والأصم :

اذا كانت الشهادة على فعل كزنا وغصب وخلف وولادة فيشترط فيها الابصار فقط فتصح من أصم ولا تصح من أعمى •

أما اذا كانت على قول وهذا يتحقق فى كل العقود فيشترط فى الشاهد عليها ان يكون سميعا بصيرا فلاتقبل شهادة الأصم عليها بلا خلاف • أما الأعمى ففيه خلاف وقد صحح النووى قبول شهادته بشرط أن يقر فى اذنه بالمشهود عليه فيتعلق به الأعمى حتى الشهادة عند القاضى ويمكن أن يتحقق ذلك فى الطلاق كأن يقر رجل فى اذن أعمى بطلاق زوجته فيتعلق به ويظل ممسكا به حتى يشهد على ذلك عند القاضى •

ولو تحمل الشهادة وهو بصير ثم عمى قبل أدائها صحت شهادته ان كان المشهود له وعليه معروفى الاسم والنسب فيقول أشهد أن فلان ابن فلان له على فلان كذا أو باع له كذا •• الى آخره(٢) •

---

(١) المنهاج والسراج ص ٦٠٨ ، ٦٠٩ • ونظرية الدعوى ص ٥٩ •
(٢) المنهاج والسراج نفس الصفحة ، ونظرية الدعوى ص ٦٠ •

٢ ـ العدالـــة :

ويشترط فى الشاهد أن يكون عدلا : وللعدالـــة شروط لابد من توافرها وهـــى :

١ ـ الاسلام عند الشهادة على المسلم .

٢ ـ اجتنـاب الكبـائر .

٣ ـ عدم الاصـرار علـى الصغائـــر .

٤ ـ المـــروءة .

٥ ـ البعـــد عـــن التهمـــة .

شهادة الكافر لا تقبل :

لما روى معاذ رضى الله عنه قال : (قال رسول اللـــه صلى الله عليه وسلم لاتجوز شهادة أهل دين على أهل دين آخر الا المسلمين فانهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم) . ولأنـــه اذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور على الادمى فلان لاتقبـــل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى اولى (١).

الفاســـق :

وأما مرتكب الكبيرة أو المصر على فعل الصغائر فيسمى فاسقا أخذا من قوله تعالى فى مرتكب الكبيرة : (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا) (٢) وقوله : (ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة

---

(١) المراجع السابقة .
(٢) سورة النور الآية ٤ .

فتصبحوا على ما فعلتم نادمين)[1] .

والكبيرة فعل ما يوجب الحد وذلك يشمل القتل العمد والسرقه والزنا والقذف وشرب الخمر ، وسواء فعل أحد ذلك مرة واحدة أو تكرر منه والدليل على ذلك قوله سبحانه وتعالى :
" والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلده ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا وأولئك هم الفاسقون "[2].

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على اخيه) ويقاس على ذلك بقية الكبائر[3] .

وانما منعت شهادة مرتكب الكبيرة ، لانه اذا ارتكب الكبيرة لم يبال بالشهادة ولم يتورع عن شهادة الزور فكذلك منع منها وحكم الاصرار على الصغائر يأخذ حكم الكبائر فلا تقبل شهادة مصر على ذلك واعتبر فاسقا .

واما مرتكب الصغير من الذنوب النادره فى أفعاله فتقبل شهادته لتعذر بعد الانسان عن كل الصغائر وتمخضه للطاعة مطلقا لان ذلك من صفات الملائكه لا من صفات البشر الا من عصم الله ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم : " ما منا الا من عصى أو هم بمعصية الا يحيى

---

(١) سورة الحجرات الآية ٦ .
(٢) سورة النور الآية ٤ .
(٣) نظرية الدعوى والاثبات للمؤلف ص ٦١ وما بعدها .

ابن زكريا " عليه السلام (١) .

المروءة :

والمروءة هي الانسانية والمراد بها احياء وفعل المحاسن والمكارم التي يعتبرها الناس ، والبعد عن المساوئ والقبائح التي لا يرضى عنها الناس أصحاب الفضائل والعقول ، وعلى كل فان المروءة تختلف من زمن الى زمن ومن بلد الى بلد ولهذا يرجع في بيانها الى العرف السليم الذي لا يتعارض مع النص الصريح .

وانما اعتبرت المروءة من شروط العدالة لان من لا مروءة له لا حياء له ، ومن لا حياء له استباح أي شيء ولم يتورع من الكذب ولهذا كان قول النبي صلى الله عليه وسلم : " اذا لم تستح فاصنع ماشئت " (٢) .

عدم التهمة :

ومن شروط العدالة هو البعد عن التهمة أو مايوجبها والتهمة المراد بها كل مايجلب للانسان نفعا أو يدفع عنه ضررا بشهادته لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي احنة "

---

(١) المهذب ٢/٣٢٤ .
(٢) المرجع السابق .

والظنين هو المتهم والجار لنفسه نفعا والدافع عنها ضررا وتحت ذلك التفصيل الآتـى :—

أ — شهادة الاباء للابناء والعكس :

ولا تقبل اشهادة الوالدين للاولاد وان سفلوا ، ولا شـــهادة الاولاد للأباء وان علوا لحديث ابن عمر رضى الله عنه أن النـــبى صلى الله عليه وسلم قال : " لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنـه " ، والظنين المتهم ، وكل منهم متهم بهذه الشهادة لوجـود الميل الطبيعى بينهما ولان الولد جزء من أبيه وبضعة منه لقوله صلى الله عليه وسلم : " ياعائشـة ان فاطمة بضعة منى يريبنى مايريبها " ولان مال كل منهما ونفسه مال الآخر لقوله صلى الله عليه وسلم لرجـــل : " أنت ومالك لابيـك " .

والمذهب قبول الشهادة عليهما فى جميع الحقوق ســـواء كانت لله أو للادامى لانتفاء التهمة فى هذه الشهادة .

أما بقية الاقارب عدا الوالدين والابناء كالاخ والعم وغيرهمـــا فتقبل شهادة بعضهم لبعض كما تقبل عليهم لانه لم يجعل نفـــس احدهما كنفس الاخر ، ولا ماله كماله فى النفقـه .

ب - شهادة أحد الزوجين للاخر :

وتقبل شهادة أحد الزوجين للاخر لان النكاح سبب لا يعتق به أحدهما على الاخر بالملك بهما كسائر القرابه التى تقبل شهادتهم لبعضهم كابن العم . ويستثنى من ذلك شهادة الزوج على زوجته فى الزنا لان شهادته دعوى خيانة فى حقه فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالخيانه فى الوديعه . ولانه خصم لها فيما يشهد به ولا تقبل شهادة الخصم على خصمه (١) .

جـ - شهادة العدو على عدوه :

ولا تقبل شهادة العدو على عدوه لانه خصم وللتهمه الحديث : (لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنه) وذو الاحنه هو العدو . أما شهادة أحدهما للاخر فتصح لانتفاء التهمة فى ذلك (٢).

د - شهادة الوصى والوكيل :

اذا شهد الوصى للموصى عليه والوكيل للموكل فيما فوض النظر فيه الى كل منهما لم تقبل شهادته لانهما يثبتان لانفسهما حق المطالبة والتصرف وهذا تهمة لا تقبل معها الشهادة .

---

(١) المهذب ب ٢ / ٣٢٠ . ونظرية الدعوى والاثبات ص ٦٢ ومابعدها .
(٢) المراجع السابقة .

فان كان الوكيل معزولا وكان الحق المشهود عليه يتعلق بما قبل العزل ، وكان له فى ذلك يد الاذن بالوكالة تقبل شهادته ان كان قد خاصم فيه بنفسه بلاخلاف ، فان لم يكن قد خاصم فيه بل الذى خاصم بعد عزله هو الموكل ، فوجهان :

أولهما : تقبل الشهادة لانتفاء التهمه عند الشهادة .

والثانى : لا تقبل لانه بعقد الوكالة يملك الخصومة فيه من حيث الجمله فما زالت التهمة موجودة فتنتفى بها الشهادة (١) .

هـ - شهادة الغريم لمدينه المحجور عليه بالفلس :

واذا شهد الغريم لمن له عليه دين وهو محجور عليه بالفلس لا تقبل شهادته لوجود التهمه لان حقه يتعلق بما يثبت للمحجورعليه من حقوق بشهادته فهو يجر لنفسه نفعا .

فان شهد الدائن مع مدينه المعسر قبل الحجر عليه فى حق له ففى قبول شهادته وجهان :

أحدهما : لا تقبل لانه يثبت له حق المطالبه بمقتضى دينه الثابت الذى لم يوف بعد فتوجد التهمه .

---

(١) المهذب : ٢/٣٢٩ .

والثانـى : تقبل لانه لا يتعلق بما يشهد به حق له لانتفاء الحجر فليست هناك تهمة تمنع قبول الشهادة[١]

و - الجمع فى الشهادة بين أمرين ترد فى احدهما الشهادة :

واذا جمع فى الشهادة بين أمرين أحدهما ترد فيه الشهادة فقـولان فى قبول الشهادة ، الأول تقبل والثانى لا تقبل فيه الشهادة فترد فى الجميع ، لان الشهادة لاتتجزأ فاذا سقطت فى الجـزء سـقطت فى الكل ، مثال ذلك : اذا شهد انسان مع آخر بأن رجلا قذفهما أى قذف المشهود والشاهد فلا تقبل هذه الشهادة لانهـا تضمنت الاخبار عن عداوة بين الشاهد والمشهود عليه وشهادة العدو لا تقبل فى حق خصمـه[٢] .

اما اذا ردت شهادته فى أحدهما لتهمة غير العداوة فتقبـل فى حق الآخر ، ومثال ذلك ما اذا شهد على رجل انه اقترض مـن أبيه ومن أجنبى مالا : فترد شهادته فى حق ابيه بلا خلاف ولا ترد فى حق الأجنبى فى قول ، وترد فى قول آخر كما ردت فى القذف[٣].

(ى) ومن ردت شهادته لمعصية ثم تاب فقد قبلت شهادته لقولـه تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتـوا بأربعـة

---

(١) المهـذب : ٢/٣٢٩ .
(٢) المرجع السابق ٢/٣٣٠ .
(٣) المرجع السابق .

شهداء فاجلدوهم ثمانين جلده ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا "[١].

والتوبه هي ان يقطع الانسان عن المعاص والندم على ماقصر فيه والعزم على ألا يعود لمثله ابدا ويعلم ذلك من حاله وحسن استقامته مع الله والناس ، قال تعالى : " والذين اذا فعلوا فاحشة أو ظلموا انفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب الا الله ولم يصروا على مافعلوا وهم يعلمون ، أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم وجنات تجرى من تحتها الانهار خالدين فيها ونعم أجر العاملين "[٢].

ولا تكون التوبه مستوفية لشروطها الا برد كل مايتعلق بها من حقوق الادميين اما بالاداء أو بالعفو والابراء من صاحب الحق[٣].

أنواع البينه ونصابها :

نصاب الشهادة يتحدد حسب نوع المشهود به ، والمشهود به اما ان يكون حقا لله واما ان يكون حقا للافراد واما ان يكون حقا مشتركا ، وهو في كل اما ان يراد به المال واما ان يكون المقصود منه غير مال حسب التفصيل الآتي :ـ

(١) سورة النور الآية ٤ .
(٢) سورة آل عمران الآية ١٣٥ .
(٣) المهذب ٢/٣٣٠ ، ٣٣١ .

١ ـ بينة تحتاج الى أربعة شهود من الذكور جميعا ، وذلك في الزنا والقذف .

٢ ـ بينه لا تصح الا من رجلين ذكرين وذلك في كل حقوق الله الخالصة ويشمل ذلك بقية الحدود عدا الزنا والقذف أو في حقوق الادمي التي لا يقصد بها المال أصلا وان جاءت تبعا كالنكاح والقصاص .

٣ ـ بينة يقصد منها المال اصلا كالمعاملات والبيوع ونصابها رجلان أو رجل وامرأتان أو شاهد واحد ذكر مع يمين المدعى .

٤ ـ بينة لاثبات مالا يطلع عليه الانسان في الغالب ونصابها : رجلان أو رجل وامرأتان أو أربع نسوة .

٥ ـ بينة يقصد منها ثبات رؤية الهلال للشهر ونصابها شاهد واحد ذكر (١) .

دليل بينة الزنا والقذف :

والدليل على ان بنيتهما أربعة رجال ذكور قوله تعالى: "واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فأستشهدوا عليهن أربعة منكم ... الآية" (٢)

---

(١) راجع عمدة السالك لابن النقيب ص ١٠٢ والمهذب ٢ / ٣٣٢ ـ ٣٣٤ ، ومقصد البينه ص ١٥٤ ، والمنهاج والسراج ص ٦٠٧ .

(٢) سورة النساء الآية ١٥ .

وحديث سعد بن عبادة الذى رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : قلت يارسول الله أرأيت ان وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى أتى بأربعة شهداء ؟ قال نعم .

دليل بينة النوع الثانى :

المراد به ماليس بمال ولا المقصود منه المال وتطلع عليه الرجال كالنكاح ، والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية اليه وقتل العمد والحدود ماعدا حدى الزنا والقذف حيث لا يثبت ذلك الا بشاهدين ذكرين بدليل قول الله سبحانه وتعالى فى الرجعة : " واشهدوا ذوى عدل منكم "(1) ، وحديث النبى فى النكاح : " لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل " ، وروى الزهرى انه قال : (جرت السنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والخليفتين من بعده ان لا تقبل شهادة النساء فى الحدود .

فدل النص فى كل ما سبق على الرجعة والنكاح والحدود وقسنا عليها مالا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال .

دليل بينة النوع الثالث :

وهى التى يقصد بها اثبات المال أصلا كالبيع والاجارة والسلم والهبة والوصية والرهن والضمان وبقية التصرفات والعقود المالية قوله تعالى فى شأن السلم : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم

(1) سورة الطلاق . الآية ٢ .

فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) . وقسنا على هذا العقد جميع العقود المالية وكل مايقصد به مال . لان النص يشملها بالقياس .

دليل بينة النوع الرابع :

وهو فيما لا يطلع عليه الرجال فى العادة من الولادة والرضاع والعيوب التى تحت الثياب اننا لو لم نقبل فيها شهادة النساء منفردات ضاعت الحقوق عند جحدها فاحتجنا الى اثباتها للضرورة بجميع النساء ولما كانت شهادة الرجل تعادل شهادة امرأتين لقوله تعالى : " فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان "[2] وجب ان تكون بينة النساء من أربعة عدول طبقا للشروط التى سبق ذكرها وبيانها . وذلك لنقصان عقولهن عن الرجال فى العادة وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم فيما رواه عبد الله بن عمر عنه قال (مارأيت من ناقصات عقل ودين اغلب على ذى لب منكن قالت امرأة يارسول الله : ماناقصات العقل والدين ؟ قال النبى صلى الله عليه وسلم : اما نقصان العقل فشهادة امرأتين كشهادة رجل فهذا نقصان العقل . وأما نقصان الدين فان أحداكن تمكث الليالى لا تصلى فى شهر رمضان . فهذا معنى نقصان الدين) . وهذا النوع تقبل فيه شهادة الرجلين منفردين وشهادة الرجل والمرأتين

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

لانه اذا أجيز فيه شهادة النساء منفردات مع ثبوت نقصانهن عند تعذر الرجال فلأن تقبل شهادة الرجال أو الرجال والنساء من باب أولى [1].

* * *

---

(١) عدة السالك ص ٤٤٨ والتنبيه ص ٣٨ ، ونظرية الدعوى ص ٧٦ .

المبحث الرابع

الطريق الثالث من طرق الاثبات

الحكم بالشاهد واليمين أو بالشاهد الواحد

ولا يحكم بشاهد واحد الا في هلال رمضان على الاظهر من أقوال الامام ، أما الحكم بالشاهد مع اليمين ، فالقاعدة في ذلك هي :

(كل مايثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد واليمين لما روى عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين) ، وقال عمر رضي الله عنه وذلك في الأموال[1] .

أما بينة الشاهد واليمين فالقاعدة فيها عند الشافعية أن كل مايثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد واليمين وهذا قول جمهور الفقهاء[2] .

المبحث الخامس

الطريق الرابع من طرق الاثبات (اليمين المردودة)

والرابع من طرق الاثبات عند الشافعية اليمين المردودة من المدعى عليه على المدعى بعد نكول المدعى عليه عن هذه اليمين وردها على المدعى فيحلفها بعد توجيهها اليه[3] .

---

(١) عدة السالك ص ٤٨ ، والتنبيه ص ٣٨ ونظرية الدعوى ص ٧٦ .
(٢) المراجع السابقة ، والسراج ص ٦ ١٣ ، ونظرية الدعوى ص ٧٧ .
(٣) راجع تفصيل ذلك في تكييف وسائل الاثبات من نظرية الدعوى ص ٦ ١ ومابعدها .

المبحث السادس

الشهادة على الشهادة

١ — تجوز الشهادة على الشهادة فى حقوق الادميين جميعا وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى بلا خلاف لان الحاجة تدعو الى ذلك عند تعذر شهادة الشاهد الاصلى وذلك لموت أو مرض أو غيبة ، فكانت الشهادة على الشهادة هى وسيلة الاثبات للحقوق فى هذه الحالات والاضاعت على أصحابها لتعذر الاثبات للاسباب السابقة بالأصل .

وأما حقوق الله سبحانه وتعالى التى تسقط بالشبهة وهى الحدود ، ففى الشهادة على الشهادة للاثبات بها هذه الحقوق قولان :

احدهما : يجوز لانها حقوق تثبت بالشهادة وكل مايثبت بالشهادة يثبت بالشهادة على الشهادة .

الثانى : لا يجوز لان الشهادة على الشهادة تراد لتأكيد الوثيقه ليتوصل بها الى اثبات الحق والحدود مبينة على الدرء والاسقاط لحديث (ادرؤوا الحدود بالشبهات) فلم يجز لذلك تأكيدها وتوثيقها بالشهادة على الشهادة لان معنى ذلك سد الباب على العمل بالشبهة وذلك أمر غير مندوب اليه .

٢ ـ وماثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضى الى القاضى ومالا يثبت بالشهادة على الشهادة لا يثبت بكتاب القاضى الى القاضى لان الكتاب لا يثبت الا بتحمل الشهادة من جهة القاضى الكاتب فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة ٠

٣ ـ ويشترط للشهادة على الشهاده شروط لابد من توفرها لصحة الاخذ بها هى :

أولا : تعذر حضور شهود الاصل فى الاثبات لاى سبب من الأسباب السابقة وهى الموت أو المرض أو الغيبة التى لا يمكن معها سماع الشهادة ويتعذر التأجيل لحضورهم ولو لم تسمع شهادة الفرع لضاع الحق ٠

ثانيا : العدد واقل ذلك شاهدين سواء كانا لواحد أو لاكثر ولو شهد اثنين على شهادة شاهد واخرين على شهادة الثانى جاز ذلك عأما ان شهد واحد على شاهد وشهد آخر على الشاهد الثانى فلا تقبل هذه الشهادة لأن الشاهدين لم يجتمعا على شهادة واحده فكانت البينة على البينة ناقصة فلا يعمل بها ٠

فان شهد اثنان على شهادة احدهما ثم شهدا على شهادة آخر ، ففى صحة ذلك قولان :ـ

احدهما : يجوز لانه اثبات اثنين فجاز بشاهدين كالشهادة على اقرار نفسين .

الثانى : لا يجوز ذلك وهو اختيار المزنى رحمه الله لانها قامت فى التحمل مقام شاهد واحد فى حق واحد ، فان شهدا فيه على الشاهد الاخر صارا كالشاهد اذا شهد بالحق مرتين .

واذا كان شهود الأصل رجلا وامرأتين قبل فى احد القولين شهادة اثنين على شهادة كل واحد منهم ، ولا يقبل فى القول الآخر الا ستة بحيث يشهد كل اثنين على شهادة شخص واحد سواء كان الشاهد رجلا أو امرأة .

وان كان شهود الاصل أربع نسوة وهو فى الولادة والرضاع قبل فى احد القولين رجلين على كل شهادة فيكون المجموع أربعة رجال ، وعلى القول الآخر لا يقبل فى شهادة الفرع الا ثمانية رجال لكل امرأة رجلين .

وفى الشهادة على الشهادة فى اثبات الزنا على القول الذى يجيز ذلك خلاف :

أحدهما : يجوز اثباتها بشاهدين فقط لانها شهادة على الشهادة فكانت كاثبات شهادة الشاهدين بشاهدين فقط فيكون المطلوب للشهادة الفرعية ثمانية .

والثانى : لابد من أربعة كما فى الاصل بمعنى انه لا يكفى لاثبات شهادة الشاهد الواحد الا أربعة فيكون المطلوب ستة عشر رجلا فى شهادة الفرع لاثبات شهادة الاصل فى جريمة الزنا (١) .

الشرط الثالث :

لشهادة الفرع على الاصل ان تكون جميعها من الرجال لانه لا تقبل فى الشهادة على الشهادة كما فى كتاب القاضى الى القاضى شهادة النساء لان ذلك ليس بمال ولا المقصود منه المال بل المراد اثبات قول وهو مما يطلع عليه الرجال عادة فلم يقبل فيه شهادة النساء كما فى النكاح .

الشرط الرابع :

ان يسمى شاهد الفرع شاهد الاصل بما يعرف به لان عدالته شرط فى صحة الشهادة ، فاذا لم يعرف لم تعلم عدالته ، فان سموهم وعدلوهم حكم بشهادتهم لانهم غير متهمين فى تعديلهم وان قالوا نشهد على شهادة عدلين ولم يذكروا الاسماء لم يحكم بشهادتهم لانه يجوز ان يكونوا عدولا عندهم غير عدول عند الحاكم(٢) .

---

(١) راجع فيما سبق المهذب ٢/٣٣٧ .

(٢) المرجع السابق ٢/٣٣٨ .

الشرط الخامس :

أن يكون تحمل الشهادة فى الفرع على الأصل باحدى الطرق الآتية :

أ - أن يسمع رجلا يقول أشهد ان لفلان على فلان كذا مضافا الى سبب يوجب المال من ثمن مبيع أو مهر لانه لا يتحمل مع ذكر سبب الا مايقتضى الوجوب .

ب - أن يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق لانه لا يشهد عند الحاكم الا بما يلزم الحكم به .

جـ - ان يسترعيه رجل (شاهد الاصل) بأن يقول اشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهدوا على شهادتى بذلك لأنه لا يسترعيه الا على واجب لان الاسترعاء وثيقة والوثيقة لا تكون الا على واجب ، فان كان السماع بغير استرعاء كان سمع من باب المصادفه فى دكانه أو طريقه رجلا يقول أشهد ان لفلان على فلان كذا ولم يقل اشهد على شهادتى للسامع لم يحكم به القاضى لانه يحتمل انه اراد ان له عليه الفا من وعد وعده بها فلم يجز تحمل الشهادة عليه مع الاحتمال ، والمنصوص جواز الحكم بالشهادة على الاقرار بالسماع ولو بغير استرعاه كمن سمع رجلا يقول أقر بأن لفلان على كذا من المال والفرق بين ذلك وبين التحمل

فى الشهادة على الشهادة ان المقر يوجب الحق على نفسه فجاز من غير استرعاء ، والشاهد يوجب الحق على غيره فوجب فيه الاسترعاء ، ولان الشهادة يقر فيها العدالة ولا يعتبر ذلك فى الاقرار .

الشرط السادس :

ان يؤدى شاهد الفرع الشهادة على الصيغة التى تحملها تماما فان كانت عند حاكم قال عند حاكم وان كانت باسترعاء ذكره وان كانت بسماع باشهاد على نفسه بحق لغيره مضاف الى سببه التى يوجب الحق ذكر ذلك وبينه .

الشرط السابع :

ألا يرجع شهود الاصل عن شهادتهم قبل الحكم بشهادة الفرع فان رجعوا بطلت شهادة الفرع لانه بطل الاصل فبطل الفرع والا يحضر شهود الاصل عند القاضى أو يمكن احضارهم قبل الحكم بشهادة الفرع ، وان كانت قد سمعت لانه قدر على الاصل فلا يجوز الحكم بالبدل مع وجود المبدل منه وهو الاصل (١) .

---

(١) المهذب ٢/٣٣٨ .

" المبحث السابع "

الاختلاف في الشهادة عند ادائها والآثار المترتبة على ذلك

اختلاف الشهود في الشهادة عند ادائها ، اما ان يكون في المشهود عليه كله أو في الجزء منه أو في الوصف فان اختلفت البينه في المشهود عليه كله بأن شهد احد الشاهدين على عين وشهد احدهما على اخرى أو اختلفا في الوصف ان كان موصوفا بطلت الشهادة ولا يحكم بها ، فان كان الخلاف على الجزء فما اتفق عليه فيه من الشاهدين ان امكن ذلك حكم به لوجود البينه عليه وما لم يتفق عليه لا يحكم به لاختلاف البينه في ذلك ولا يحكم بدون بينة .

وبناء على ماسبق يمكن الحكم فيما يأتي :

١ ـ اذا ادعى رجل على رجل الفين وشهد له شاهد انه اقر له بألف وشهد آخر انه اقر له بألفين ثبت له الف بشهادتهما لانهما اتفقا على اثبات الالف وللمدعي ان يحلف مع الشاهد الذي شهد بألفين وبذلك تثبت له الالف الاخرى لان الشاهد واليمين في حكم البينه .

---

(١) المهذب ٢/٣٣٨ .

٢ - فان ادعى المدعي بألف فقط فشهد له احد الشهود بألف وشهد الآخر بالفين فوجهان للاصحاب :

أحداهما : يحلف مع الذى شهد له بالالف ويقضى له القاضى بالشاهد واليمين وتسقط شهادة من شهد بالالفين لانه صار مكذبا له فسقطت شهادته فى الجميع .

والثانى : يثبت له الالف بشهادتهما ويحلف المدعى ويستحق الالف الاخرى ولا يصير مكذبا بالشهادة لانه لا يجوز ان يكون له حق ويدعى بعضه ويجوز انه لم يعلم ان له من يشهد بالالفين فاقتصر فى الدعوى على الالف[1] .

٣ - اذا شهد شاهد مع مدعى السرقة على رجل فقال اشهد بأنه سرق منه كبشا أبيض صباحا وشهد الاخر على نفس الرجل بأنه سرق نفس الكبش مساء لم يجب الحد لعدم اكتمالها فى الحد للشبهة فى الاختلاف ، ولكن للمسروق منه ان يحلف ويقضى له بالغرم لان الغرم أى المال يثبت بالشاهد واليمين .

٤ - فان شهد شاهدان بسرقة الحيوان صباحا وشهد شاهدان

---

(١) المهذب ٢/٣٢٨ .

آخران على نفس الحيوان بأنه سرق بعينه مساء سقط الحد ولم يحكم بالمثل ايضا بلا خلاف ولا توجه فيهما اليمين لاختلاف البينه هنا لانهما تعارضا فتساقطا جميعا وانما لم يعد شاهد واحد يمكن ان يحلف معه المسروق منه ليحكم له بالمال ، وهذا بخلاف المسألة السابقة لان كل واحد من الشاهدين ليس بينة والتعارض لا يكون من غير بينة .

٥ ـ اذا شهد شاهدان على رجلين انهما قتلا فلانا وشهد المشهود عليهما انهما(١) هما القاتلان ان صدق الوالى الشاهدين الاولين حكم القاضى بشهادتهما ويقتل الاخران لان الاولين غير متهمين فيما شهدا به والاخران متهمان لانهما يدفعان عن انفسهما القتل .

فان كذب الولى الاولين وصدق الاخرين بطلت شهادة الجميع لان الاولين كذبهما والاخران يدفعان عن انفسهما القتل(٢) .

٦ ـ اذا ادعى رجل على رجل انه قتل مورثه عمدا وقال المدعى عليه قتلته خطأ فأقام المدعى شاهدين فشهد احدهما انه أقر بقتله عمدا وشهد الاخر على اقراره بالقتل خطأ ، فالقول

---

(١) أى الشاهدين .
(٢) المهذب ٢/٣٣٩ .

قول المدعى عليه مع يمينه لان صفة القتل لا تثبت بشاهد واحد فاذا حلف المدعى عليه ثبتت دية الخطأ فان نكل عن اليمين حلف المدعى انه قتله عمدا ويجب القصاص أو دية مغلظة على المدعى عليه .

٧ - اذا ثبت قتل العمد على رجل وحكم عليه بالقصاص فشهد احد ابنى القتيل على أخيه أنه عفا عن القصاص والمال سقط القود عن القاتل عدلا كان الشاهد أو غير عدل ، لان ، شهادته على أخيه تضمنت الاقرار بسقوط القود .

فأما الدية فانه يثبت تصويب الشاهد فيها لانه لم يعفو عنها ، وأما نصيب المشهود عليه فان كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته حلف المشهود عليه انه ما عفا ويستحق نصيب الدية ، وان كان ممن تقبل شهادته حلف القاتل معه ويسقط حقه من الدية لان ما طريقه المال يثبت بالشاهد واليمين(١) .

٨ - فى بينة الزنا اذا شهد الاربعة بواقعة الزنا واتفقا على الزانى والمزنى بها والمكان ولكنهم اختلفوا فى زواياه بحيث شهد كل واحد بركن أو زاوية يخالف الآخر سقط الحد بالنسبة للزنا

---

(١) المهذب ٢/٣٣٩ .

ووجب حد القذف على المشهود على أحد القولين في المذهب •

٩ - وان شهد اثنان في بينه الزنا على المرأة بأنها مختارة وشهد آخران بأنها مكرهة سقط الحد على المرأة بلاخلاف وعن الرجل على المذهب لانه شريك وسقوط الحد عن شريكة في الجريمة شبهة في دفع الحد عنه فيرجع الى الحكم بالتقدير حسب تقدير القاضي[1] •

***

(١) المهذب : ٢/٢٣٨ •

" المبحث الثامن "

الرجوع عن الشهادة والآثار المترتبة على ذلك

١ - اذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل الحال اما ان يكون ذلك قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء أو بعد الحكم وبعد الاستيفاء :

(أ) فان كان قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لوجود الشك في صدق الشهادة وكذبها ولا يحكم الا بيقين كما لو جهل عدالة الشهود حيث لا يصح الحكم .

(ب) وان كان بعد الحكم وقبل الاستيفاء بالحق فان كان في حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لان الحدود تسقط بالشبهه والرجوع شبهة ظاهرة .

وان كان مالا أو عقدا فالمنصوص انه يجوز الاستيفاء ولا عبرة بهذا الرجوع بعد الحكم ، ولكن يجوز للمحكوم عليه نقض الحكم بدعوى جديدة بمقتضى هذا الرجوع .

(جـ) وان رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم ولا يجب

على المشهود له رد ما أخذه لانه يجوز ان يكونوا صادقين ويجوز ان يكونوا كاذبين ، وقد اقترن بأحد الجائزين الحكم والاستيفاء فلا ينقض برجوع محتمل .

٢ — واذا شهد الشهود بما يوجب القود فقتل المشهود عليه ثم رجعوا عن الشهادة :

(أ) فان قالوا تعمدنا الشهادة ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود لما روى الشعبي ان رجلان شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل انه سرق فقصعه ثم أتياه برجل آخر فقالا انا اخطأنا بالاول وهذا السارق فابطل علي رضي الله عنه شهادتهما على الاخر ولم يحكم عليه بشيء وبرأه وضمنهما دية يد الاول ، وقال للشاهدين لو أعلم انكما تعمدتما لقطعتكما .

(ب) فان قالوا تعمدنا الشهادة ولم نعلم انه سيقتل بها وهم يجهلون ذلك فعلا ، وجبت دية مغلظة لما فيه من العمد ومؤجله لما فيه من الخطأ .

(جـ) وان قالوا اخطأنا وجبت دية مخففة عليهم ولا تحمل العاقلة معهم لانها وجبت باعترافهم ، فان اتفقوا ان بعضهم تعمد وبعضهم أخطأ وجبت على المخطيء قسطه من الدية

المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة
ولا يجب عليه القود لمشاركة المخطئ •

(د) وان اختلفوا فقال بعضهم تعمدنا كلنا وقال بعضهم أخطأنا كلنا وجب على المقر بعمد الجميع القود وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المغلظة [1] •

٣ - اذا شهد الشهود بطلاق فحكم ثم رجعا عن الشهادة فعلى قول انه لا يرجع المحكوم عليه على الشهود بما دفع من المال لان العين لا تضمن الا باليد أو الاتلاف ولم يتحقق احد ذلك فى الشهود •

والقول الثانى : وهو الصحيح كما ذكر صاحب المهذب انه يجب عليهم الضمان لانهم السبب فى الحكم عليه وخروج المال من يده الى غيره وهو المحكوم له بدون وجه حق [2] • والمرأة تتحمل من الغرم المالى نصف ما يحكم به على الرجل لانها نصف الرجل فى الشهادة •
والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله •

---

(١) المهذب : ٢/٣٤٠ •
(٢) المرجع السابق •

فهــرس الموضوعــات

رقم الإيداع بدار الكتب

١٠٢٢١ / ١٩٩٤

I.S.B.N. 977 - 5524 - 09 - 1

مطبعة العمرانية للأوفست

٢ش يوسف عثمان العمرانية الغربية

الجيزة ت ٥٣٧٥٥٠٠

